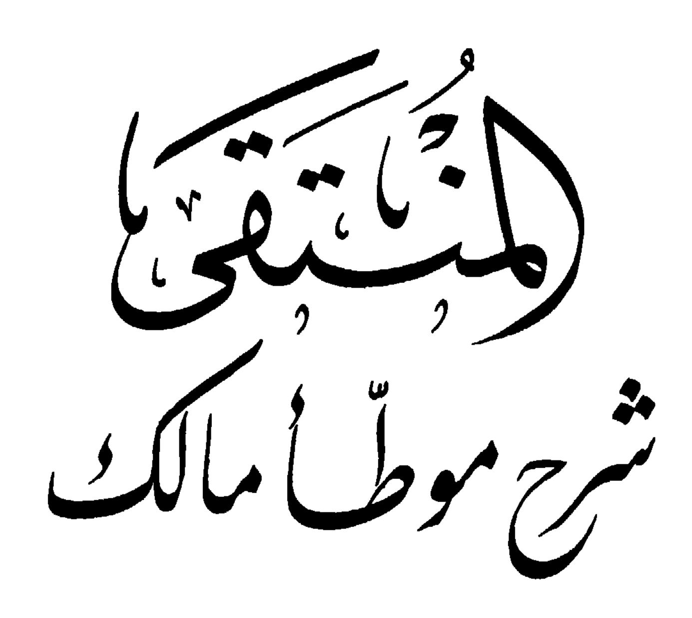


المنتقى شرح موطأ مالك

تأليف

القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي

المتوفى سنة ٤٩٤هـ

تحقيق

محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء السادس

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٢٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الرضاع

رضاع الصغير

١٢٥٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَخْبَرَتْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَهَا، وَأَنَّهَا سَمِعَتْ صَوْتَ رَجُلٍ يَسْتَأْذِنُ فِى بَيْتِ حَفْصَةَ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا رَجُلٌ يَسْتَأْذِنُ فِى بَيْتِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أُرَاهُ فُلانًا لِعَمٍّ لِحَفْصَةَ مِنَ الرَّضَاعَةِ» فَقَالَتْ عَائِشَةُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَوْ كَانَ فُلانٌ حَيًّا لِعَمِّهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ، دَخَلَ عَلَىَّ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ إِنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلادَةُ».

١٢٥٧ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا قَالَتْ: جَاءَ عَمِّى مِنَ الرَّضَاعَةِ يَسْتَأْذِنُ عَلَىَّ، فَأَبَيْتُ أَنْ آذَنَ لَهُ حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ قالت: فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: «إِنَّهُ عَمُّكِ، فَأْذَنِى لَهُ». قَالَتْ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّمَا أَرْضَعَتْنِى الْمَرْأَةُ، وَلَمْ يُرْضِعْنِى

١٢٥٦ - أخرجه البخارى فى الشهادات ٢٦٤٦. مسلم فى الرضاع ١٤٤٤. النسائى فى النكاح ٣٢٩٨، ٣٢٩٩، ٣٣٠٠، ٣٣٠١. أبو داود فى النكاح ٢٠٥٥. ابن ماجه فى النكاح ١٩٣٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٦٥٠، ٢٣٧٢٢، ٢٣٨٥٠، ٢٣٩١٠، ٢٤١٩١، ٢٤٩٢٥. الدارمى فى النكاح ٢٢٤٧، ٢٢٤٩. البيهقى فى السنن ١٥٦/٧، عن عائشة. البغوى بشرح السنة ٧٢/٩، عن عائشة.

١٢٥٧ - أخرجه البخارى ٦٨/٧ كتاب النكاح باب ما يحل من الدخول، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع برقم ٦، ١٠٦٩/٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧، ٢٢٨/٢ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. النسائى ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. البيهقى فى السنن ٤٥٤٢/٧، عن عائشة. الدارمى ١٥٦/٢، عن عائشة. سعيد بن منصور برقم ٩٥١، عن عائشة. ابن أبى شيبة ٢٨٨/٤ عن عروة والحميدى برقم ٢٢٩، ١١٣/١، عن عائشة.

الرَّجُلُ؟ فَقَالَ: «إِنَّهُ عَمُّكِ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ». قَالَتْ عَائِشَةُ: وَذَلِكَ بَعْدَ مَا ضُرِبَ عَلَيْنَا الْحِجَابُ. وَقَالَتْ عَائِشَةُ: يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلادَةِ.

الشرح: قولها: «**لو كان فلان حيًّا، لعمها من الرضاعة، دخل عليَّ**»، مع مشاهدة ما أباحه ﷺ من دخول عم حفصة من الرضاع عليها، مبالغة فى تحقيق الحكم، وما يتعلق به لجواز أن يكون هذا الحكم، يختص بذلك الإنسان.

أو يكون هناك معنى يعتبر يقترن بكونه عمها من الرضاعة، فلما قال لها ﷺ: «نعم» علمت عموم الحكم، واختصاصه بمعنى الرضاع.

فصل: وقولها فى الحديث الثانى: «**إن عمها من الرضاعة جاء يستأذن عليها، فأبت أن تأذن له حتى تسأل رسول الله ﷺ**»، إن كان حديث عمرة هو الأول، فيحتمل أن يكون ذلك العم الذى سألت عنه، وأخبرها النبى ﷺ بأنه لو كان حيًّا، دخل عليها أو كد سببًا من هذا العم الذى استأذن عليها بعد ذلك، إما بأن يكون أخًا من أب وأم لأبيها من الرضاعة، ويكون الثانى الذى جاء يستأذن عليها أخًا لأب أو لأم، فتوقعت أن يكون ذلك الحكم يختص بالعم الأول، أو يكون هذا العم أرضعته زوجة أخيه، وزوجها حى، والعم الثانى أرضعته زوجة أخيه بعد وفاة أخيه، فتوقعت أن يكون هذا الحكم مقصورًا على الأول.

وقد روى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال: هما عمان، أحدهما أخو أبيها، يعنى أبا بكر الصديق، رضى الله عنه، أرضعتهما امرأة واحدة، وهو الذى فى حديث عبد الله ابن أبى بكر، والعم الثانى الذى فى حديث هشام، هو أخو أبيها من الرضاعة، بمعنى أن أباها رضع امرأة بلبن ذلك الفحل.

وقد روى ابن وهب، عن أبى حازم: أن المرأة التى أرضعت عائشة، هى امرأة أخى الذى استأذن على عائشة، وهو أظهر من قول الشيخ أبى الحسن.

وإن كان حديث عروة هو الأول، فإنها أيضًا إنما أنكرت أن يستأذن عم لحفصة عليها، لما اعتقدت أنه ليس له تلك الرتبة من العمومة التى يستحق بها الدخول عليها، ولعله كان عمًّا لحفصة، بمعنى أنه كان أخًا لأبيها عم من الرضاعة.

فلما رأت النبى ﷺ لم ينكر ذلك، سألته عن عم كان لها فى مثل درجته وقعدده، **فأعلمها النبى** ﷺ أنه لو كان حيًّا لدخل عليها بمثل ذلك السبب.

فصل: وقولها: «**يا رسول الله، إنما أرضعتني المرأة، ولم يرضعني الرجل**»، على معنى التثبت وإبداء كل شبهة في النفس يعرض فيها؛ لأنها أعلمته بما لم يكن عنده من ذلك.

فإن هذا مما لا يشك فيه أحد، وإنما أنكرت أن يكون لزوج المرضعة تأثير في التحريم، لما كان التحريم متعلقًا بالرضاع، ولا حظ له فيه.

فلما قال له النبي ﷺ: «**إنه عمك، فليلج عليك**»، تحققت أن ما اعترض في نفسها من الشبهة ليس بشيء، ولا يتعلق به حكم، وثبت بذلك أن تحريم الرضاع يتعلق بجنبة زوج المرضعة كما تعلق بجنبة المرضعة.

فصل: وقولها، رضي الله عنها: «**وذلك بعد ما ضرب علينا الحجاب**»، تريد أن إباحة دخول العم من الرضاعة عليها كان بعد أن ضرب الحجاب، ومنع أن يدخل عليهن إلا ذو محرم، وأما قبل أن يضرب الحجاب، فلم يكن يمتنع من ذلك أحد من الأجانب، والله أعلم.

فصل: وقوله ﷺ: «**إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة**»[١] ، يقتضي أن كل من يتعلق به التحريم بسبب الولادة يتعلق به بسبب الرضاعة، فكما أن الولادة تحرم الأعمام والإخوة والأجداد، فكذلك سبب الرضاع.

ولا يمنع من ذلك أن يوجد اللبن بالمرأة دون الرجل كاللبن يوجد بالبكر؛ لأن غالب

---

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٩٩/٧: قوله في هذا الحديث: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»، ففيه دليل على أن امرأة الابن من الرضاعة محرمة، فإن ظن ظان أن في قول الله عز وجل: ﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾ دليل على أن الأبناء من الرضاعة لا تحرم حلائلهم على آبائهم، فليس كما ظن؛ لأن هذه الآية إنما نزلت في حلائل الأبناء من الأصلاب نفيًا للذين تبنوا ولم يكونوا أبناء مثل زيد بن حارثة إذ تبناه رسول الله ﷺ وكان يدعى زيد بن محمد حتى نزلت الآية: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾ ثم نكح رسول الله ﷺ امرأته بعد أن قضى زيد منها وطره، وطلقها، فمعنى قوله: ﴿الذين من أصلابكم﴾ يريد: غير المتبنين، وأما الرضاعة فلا، ألا ترى إلى قول الله عز وجل: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ بعد قوله: ﴿وحلائل أبنائكم﴾ أنه قد دخل فيه بإجماع المسلمين: الأختان من الرضاعة لما بينه رسول الله ﷺ في الرضاعة: أنها تحرم ما يحرم النسب، فلو تزوج رجل صبيتين رضيعتين، فجاءت امرأة فأرضعتهما، صارتا أختين بالرضاع وحرمتا عليه، واستأنف نكاح أيتهما يشاء، فقف على الأصل في هذا الباب، وفي كل باب، تعرف به وجه الصواب.

أحواله أنه لا يكون إلا عن ولادة، ولكن يحمل ما يوجد من ذلك على عموم سببه أو خصوصه.

وقد وجد عيسى صلىٰ الله على نبينا وعليه بغير أب، ولم يمنع ذلك من أن يتعلق التحريم بجنبة الأب بسبب الولادة بجنبة الأم.

مسألة: إذا ثبت أنَّ للفحل تأثيرًا فى اللبن، فإن ذلك التأثير يثبت بالوطء، وإن لم تقترن به ولادة، قاله ابن القاسم، واحتج بما روى عن مالك أنه قال: الماء يعمل اللبن.

وقال ﷺ: «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة»، قال مالك: والغيلة أن يطأ الرجل المرأة وهى ترضع، وإذا كان للوطء تأثير فى اللبن وإدرار له دون ولادة، جاز أن يكون له فى التحريم تأثير كما لو تقدمته ولادة.

مسألة: لو ولدت امرأة من رجل، فأرضعت المولود، وفطمته، ثم أرضعت بعد الفصال بذلك اللبن طفلاً آخر، لكان ذلك الرجل أبًا له، قاله ابن القاسم.

ووجهه أن أصل ذلك اللبن من وطئه، فجميعه مضاف إليه حتى يقطع بينه وبين ما يأتى بعد انقطاعه وطء لغيره.

مسألة: ولو طلقها الزوج، وهى ترضع، فتزوجت غيره بعد انقضاء عدتها، فحملت منه، ثم أرضعت طفلاً. قال ابن القاسم: اللبن لهما ما لم ينقطع لبن الأول، وقد رواه ابن نافع، عن مالك.

ووجه ذلك أن لوطء كل واحد منهما تأثيرًا فى ذلك اللبن، فوجب أن ينشر الحرمة فى جنبته، ولم يذكر محمد: فحملت منه، ولا معنى لاعتبار الحمل، وإنما يعتبر الوطء، قاله القاضى أبو محمد.

مسألة: وهذا إذا كان اللبن عن وطء حلال أو حرام، قاله القاضى أبو محمد؛ لأنه لبن امرأة، فكان له تأثير فى التحريم كما لو حدث عن وطء حلال، واختلف فيه قول مالك، فقال: كل وطء لا يلحق به الولد، فلا يحرم على الفحل، ثم رجع إلى أن يحرم.

وقال عبد الملك: لا يلحقه بذلك اللبن حرمة حين لم يلحق به الولد. ووجهه أنه وطء زنى، فلم تتعد حرمته إلى جنبة الأب كحرمة النسب.

مسألة: وهذا إذا كان ما يدر من ثدى المرأة لبنًا، فإن كان ماء أصفر أو غيره، فلا

يحرم، رواه ابن سحنون، عن ابن القاسم؛ لأن الرضاع مختص باللبن، فوجب أن يختص حكمه به دون سائر المائعات.

مسألة: وهذا إذا كان اللبن بغير وطء كالبكر يمص ثديها الصبي، فتدر عليه، فإن ذلك ينشر الحرمة بسببها دون سبب أب؛ لأنه لا أب له في الرضاع.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿**وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة**﴾ [النساء: ٢٣]، ولم يفرق بين الرضاع بلبن فحل وغيره.

مسألة: وسواء كان لبن حية أو ميتة خلافًا للشافعي.

والدليل على ما نقوله أن هذا لبن مؤثر فى التحريم، ووصل إلى جوف الرضيع فى الحولين مع الحاجة إلى الاغتذاء به، فوجب أن ينشر الحرمة كلبن الحية.

مسألة: وإذا در الرجل على الطفل، فأرضعه، قال مالك: لا يحرم شيئًا، إنما قال الله تعالى: ﴿**وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم**﴾.

ووجه ذلك أن المعتاد رضاع النساء، وهذا إن وجد فنادر، ولا يتعلق به حكم؛ لأنه خارج من غير مخرجه المعتاد، فأشبه مص دمه.

١٢٥٨ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ أَفْلَحَ أَخَا أَبِى الْقُعَيْسِ جَاءَ يَسْتَأْذِنُ عَلَيْهَا، وَهُوَ عَمُّهَا مِنَ الرَّضَاعَةِ بَعْدَ أَنْ أُنْزِلَ الْحِجَابُ، قَالَتْ: فَأَبَيْتُ أَنْ آذَنَ لَهُ عَلَىَّ، فَلَمَّا جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَخْبَرْتُهُ بِالَّذِى صَنَعْتُ، فَأَمَرَنِى أَنْ آذَنَ لَهُ عَلَىَّ(*).

١٢٥٨ – أخرجه البخارى ٦٨/٧ كتاب النكاح باب ما يحل من الدخول، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع برقم ٦، ١٠٦٩/٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧، ٢٢٨/٢ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. النسائى ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. البيهقى فى السنن ٤٥٤٢/٧، عن عائشة. الدارمى ١٥٦/٢، عن عائشة. سعيد بن منصور برقم ٩٥١، عن عائشة. ابن أبى شيبة ٢٨٨/٤ عن عروة والحميدى برقم ٢٢٩، ١١٣/١، عن عائشة.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤٠٣/٧: فى هذا الحديث دليل على أن احتجاب النساء من الرجال لم يكن فى أول الإسلام، وأنهم كانوا يرون النساء، ولا يستتر نساؤهم، عن رجالهم، إلا بمثل ما كان يستتر رجالهم عن رجالهم، حتى نزلت آيات الحجاب. وكان سبب نزولها فيما قال أهل العلم بالتفسير والسير، أن رسول الله ﷺ، صنع طعامًا، ودعا إليه أصحابه فى هداء=

الشرح: قولها: «**إن أفلح أخًا أبي القعيس، جاء يستأذن عليها**»، قال الشيخ أبو الحسن الدارقطني: واسم أبي القعيس، وائل بن أفلح، وهو عم عائشة من الرضاعة.

وقولها: «**وهو عمها من الرضاعة**»، الظاهر أن أبا القعيس كان أباها من الرضاعة، ولذلك ينتسب أفلح إلى أخوة، إلا أن يكون نسب إليه لشهرته بالكنية أو غير ذلك، فيكون أفلح بن أفلح أخا أبي القعيس، وائل بن أفلح.

ولو كان أفلح أخا أبي بكر من الرضاعة لنسبته إليه؛ لأن الظاهر أنها قصدت إلى أن تبين وجه عمومته، وتعليق التحريم الثابت له بالرضاعة.

فصل: وقولها: «**فأمرني أن آذن له على مرتين**»، تريد والله أعلم، بما تقدم من الانتساب الذي ذكرته من كونه عمًا لها.

١٢٥٩ - مَالِك، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ مَصَّةً وَاحِدَةً، فَهُوَ يُحَرِّمُ(١).

الشرح: قوله: «**ما كان في الحولين، وإن كان مصة واحدة، فإنه يحرم**»، يقتضي أن مدة الحولين مدة الرضاع إذا توالى فيها الرضاع، واتصل، ولو فطمته أمه، فاستغنى

=زينب وذلك في بيت أم سلمة، فلما أكلوا أطالوا الحديث، فجعل النبي ﷺ، يدخل ويخرج، ويستحي منهم، فأنزل الله عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين أناه﴾ يقول: غير منتظرين ومتحينين وقته - يعني وقت الطعام - ولكن إذا دعيتم فادخلوا فإذا طعمتم فانتشروا ولا مستانيين لحديث، إن ذلكم كان يؤذي النبي فيستحي منكم، والله لا يستحي من الحق، وإذا سألتموهم متاعًا فاسألوهن من وراء حجاب.

وأنزل الله عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتًا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها﴾، وقرئت حتى تستأذنوا ثم نزلت: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن﴾ فأمر النساء بالحجاب. ثم أمرن عند الخروج أن يدنين عليهن من جلابيبهن، وهو القناع، وهو عند جماعة العلماء في الحرائر دون الإماء.

وفيه أيضًا أن ذوي المحارم من النسب، والرضاع لا يحتجب منهم، ولا يستتر عنهم، إلا العورات، والمرأة في ماعدا وجهها وكفيها عورة بدليل أنها لا يجوز لها كشفه في الصلاة، وقبل الرجل ودبره عورة، مجمع عليها. انتهى.

١٢٥٩ - أخرجه الترمذي في الرضاع ١١٤٩. سعيد بن منصور في سننه ١/٣، ٢٣٦. كشف الغمة ٢/١١٠. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٢.

(١) قال في الاستذكار ١٨/٢٥٥: حديثه عن ثور بن زيد، عن ابن عباس، فإنه لم يسمع ثور من ابن عباس بينهما عكرمة. والحديث محفوظ لعكرمة وغيره عن ابن عباس.

بالطعام، ثم أرضعته بعد ذلك امرأة في الحولين، لم يحرم ذلك الرضاع، وبه قال الأوزاعي وابن القاسم وأصبغ. وقال مطرف وابن الماجشون: يحرم إلى انقضاء الحولين، وبه قال الشافعي.

وجه القول الأول أن الحولين مدة لنهاية الرضاع وإكماله، قال الله تعالى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾** [البقرة: ٢٣٣]، فعلق ذلك بإرادة الإتمام، ولو لم يصح فطام قبل ذلك لما علق ذلك بإرادة من يريد إتمام الرضاعة.

ووجه القول الثاني أن للحولين اختصاصًا بالرضاع، فإذا وجد فيها ماء حرم كما لو اتصل.

مسألة: وإنما يكون ذلك إذا فصل بين الرضاع الأول والثاني، فطام كامل، باستغنائه عن الرضاع بما انتقل إليه من الطعام، فأما فطام يوم أو يومين، فإنه ينشر الحرمة؛ لأن الرضاع الثاني مما يغذيه؛ لأنه لم ينتقل بعد عن التغذي، قال معناه ابن القاسم، والله أعلم.

١٢٦٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا غُلامًا، وَأَرْضَعَتِ الأُخْرَى جَارِيَةً، فَقِيلَ لَهُ: هَلْ يَتَزَوَّجُ الْغُلامُ الْجَارِيَةَ؟ فَقَالَ: لا اللِّقَاحُ وَاحِدٌ.

الشرح: منع عبد الله بن عباس أن يتزوج الغلام الجارية لما قدمناه من أنهما أخوان لأب من الرضاعة؛ لأن الذى در اللبن عن وطئه، وأضيف إليه رجل واحد، ولذلك قال عبد الله بن عباس: «**اللقاح واحد**»، فنص على معنى المسألة، والله أعلم.

١٢٦١ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لا رَضَاعَةَ إِلا لِمَنْ أُرْضِعَ فِي الصِّغَرِ، وَلا رَضَاعَةَ لِكَبِيرٍ.

١٢٦٠ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ٤٧٣/٧. الأثر ١٣٩٤٢. البيهقي في السنن الكبرى ٤٥٣/٧. أحكام القرآن للجصاص ١٢٦/٢. المغني ٥٤٢/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٠.

١٢٦١ - أخرجه البخاري في المغازي ٤٠٠٠. النسائي في النكاح ٣٢٢١، ٣٢٢٢. أبو داود في النكاح ٢٠٦١. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢٥١٢١، ٢٥٧٩٨. الدارمي في النكاح ٢٢٥٧. سعيد بن منصور في سننه ١/٣، ٢٣٩. عبد الرزاق في المصنف ٤٦٥/٧. ابن أبي شيبة في المصنف ٢٩٠/٤. البيهقي في السنن الكبرى ٤٦١/٧. أحكام القرآن للجصاص ٤١٠/١، ٤١١. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٣.

الشرح: قوله: «**لا رضاعة إلا لمن أرضع فى الصغر، ولم يحد ذلك بالحولين**»، يحتمل أن يريد أن ما قرب من الحولين فى حكم الحولين دون زيادة عليهما، وبه قال الشافعى، وهو ظاهر ما فى الموطأ عن مالك.

ورواه القاضى أبو الفرج، عن مالك، إلا أن تنقص اليوم واليومين، وما ينقص من الشهور؛ إذ لا يتفق أن تكون الشهور كاملة، وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿**حولين كاملين**﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وروى إسماعيل القاضى، عن ابن الماجشون الزيادة على الحولين بقدر الزيادة على المشهور ونقصانها، ونحوه قال سحنون، وروى عن مالك الزيادة اليسيرة على الحولين فى حكم الحولين.

وجه القول الأول قول الله تعالى: ﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة**﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فوجه الدليل منها أنه تعالى جعل الحولين تمام الرضاعة، فدل أن ما زاد عليها ليس بمدة الرضاعة؛ لأن الرضاعة تمت قبلها.

ووجه الرواية الثانية أن ما زاد على الحولين فى حكم الحولين؛ لأنه لا يستغنى عن الرضاع بانقضاء الحولين، بل يحتاج إلى تدريج، فكان ما قاربهما، وتمم حكمهما فى معناهما.

فرع: فإذا قلنا باعتبار الزيادة على الحولين، فكم قدر ذلك؟ روى عبد الله بن عبد الحكم: الزيادة اليسيرة. وروى عبد الملك بن الماجشون: الشهر ونحوه.

وروى ابن القاسم: الشهر والشهران. وروى الوليد بن مسلم: والثلاثة. وقال أبو حنيفة: الحولان، وستة أشهر بعدهما مدة الرضاع، سواء فطم قبلها أو لم يفطم.

والدليل على ما نقوله أن النص تناول حولين، وأنهما تمام الرضاع، فإنما يجب أن يكون تبعًا لهما المدة اليسيرة التى ينقضى فى مثلها حكم الفطام، دون المدة الطويلة التى لها حكم نفسها، فلا يحتاج الحولان إليها فى تمام حكمها.

١٢٦٢ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَائِشَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرْسَلَتْ بِهِ، وَهُوَ يَرْضَعُ إِلَى أُخْتِهَا أُمِّ كُلْثُومٍ بِنْتِ أَبِى بَكْرٍ الصِّدِّيقِ،

١٢٦٢ – أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ٤/٢٨٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٤٤.

فَقَالَتْ: أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ حَتَّى يَدْخُلَ عَلَيَّ، قَالَ سَالِمٌ: فَأَرْضَعَتْنِي أُمُّ كُلْثُومٍ ثَلاثَ رَضَعَاتٍ، ثُمَّ مَرِضَتْ، فَلَمْ تُرْضِعْنِي غَيْرَ ثَلاثِ رَضَعَاتٍ، فَلَمْ أَكُنْ أَدْخُلُ عَلَى عَائِشَةَ مِنْ أَجْلِ أَنَّ أُمَّ كُلْثُومٍ لَمْ تُتِمَّ لِي عَشْرَ رَضَعَاتٍ.

١٢٦٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ أَبِي عُبَيْدٍ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ حَفْصَةَ أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ أَرْسَلَتْ بِعَاصِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَعْدٍ إِلَى أُخْتِهَا فَاطِمَةَ بِنْتِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تُرْضِعُهُ عَشْرَ رَضَعَاتٍ، لِيَدْخُلَ عَلَيْهَا، وَهُوَ صَغِيرٌ يَرْضَعُ، فَفَعَلَتْ فَكَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا.

الشرح: قوله: «**أرسلتني إلى أم كلثوم [ترضعه]**[1] **عشر رضعات ليدخل عليها**»؛ لأنها تكون حالة له من الرضاع، فيحرم بذلك عليها كما لو ولدته أم كلثوم، وإنما يجب أن تعتبر بهذا، فيجعل المرضعة والدة، فكل من كان يحرم عليه بها لو ولدته، يجب أن تحرم عليه إذا أرضعته[2].

فصل: وقوله: «**فأرضعتني أم كلثوم ثلاث رضعات، ثم مرضت**»، يروى مرضت بأضافت المرض إلى سالم، ويروى مرضت بإضافة المرض إلى أم كلثوم، وهو الأظهر؛ لأن مرض سالم لم يكن يمنعها من ذلك، وإن منعها في وقت من الأوقات إلا أن يبعد مكانه، ويتعذر تكراره عليها.

فصل: وقوله: «**فلم أدخل على عائشة، من أجل أن أم كلثوم لم تتم لي عشر رضعات**»، ثم روى عنها أنها قالت: ثم نسخ ذلك بخمس رضعات يحرمن، ولعل ما اعتقدته من النسخ لم يظهر إليها، إلا ما أمرت به في قصة سالم بن عبد الله، ولم تتم الخمس رضعات الناسخة عندها، فلم يكن يدخل عليها.

وروى علي بن أبي طالب وابن عباس: تحرم القطرة الواحدة، إذا وصلت الجوف في مدة الرضاع، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة.

١٢٦٣ - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢٨٦/٤. البيهقي في السنن الكبرى ٤٥٧/٧. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٤٥.

(١) هكذا في أصل الباجي، والصواب: «ترضعني». المحقق.

(٢) قال السيوطي أقول: هذه خصوصية لأزواج النبي ﷺ خاصة دون سائر النساء، قال عبد الرزاق في مصنفه عن معمر، أخبرني ابن طاوس عن أبيه، قال: كان لأزواج النبي ﷺ رضعات معلومات ولسائر النساء رضعات معلومات، ثم ذكر حديث عائشة هذا وحديث حفصة الذي بعده وحينئذ فلا يحتاج إلى تأويل الباجي لعله لم يظهر لعائشة الناسخ بخمس إلا بعد هذه القصة.

وروى عن عبد الله بن الزبير: لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان. وروى عن عائشة: عشر رضعات. وروى عنها: نسختها خمس رضعات.

والدليل على ما نقوله قول الله تبارك وتعالى: ﴿**وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم**﴾ [النساء: ٢٣]، ولم يفرق بين رضعة وأكثر من ذلك.

وأما الحديث الذى ورد عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تحرم المصة ولا المصتان»(*)، فمعناه عند شيوخنا أن المصة والمصتان لا تحرم؛ لأنه لا يحصل بها اجتذاب شىء من اللبن حتى يتكرر ذلك.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا معنى ينشر الحرمة، فلم تعتبر فيه الولادة والطهر.

١٢٦٤ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مَنْ أَرْضَعَتْهُ أَخَوَاتُهَا وَبَنَاتُ أَخِيهَا، وَلا يَدْخُلُ عَلَيْهَا مَنْ أَرْضَعَهُ نِسَاءُ إِخْوَتِهَا(١).

الشرح: قوله: «**كان لا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها**»، ظاهره خلاف لما روته عن النبى ﷺ أنه أذن لها أن يدخل عليها أخو أبى القعيس.

والأصح أن هذا وقع فيه بعض الوهم، فيما روى من ذلك عنها، فلم تكن لتخالف ما سمعته من النبى ﷺ أو دخل عليها، رضى الله عنها، تأويل صرفت به ما سمعته من النبى ﷺ عن عمومه أو ما شاء الله تعالى من ذلك.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٤٥٠، ١٤٥١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣٠٨، ٣٣٠٩، ٣٣١٠. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٠، ١٩٤١. أحمد فى المسند حديث رقم ١٥٦٧٨، ١٥٦٨٩، ٢٣٥٠٦. الدارمى حديث رقم ٢٢٥١.

١٢٦٤ - أخرجه الجصاص فى أحكام القرآن ٤١١/١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٤١.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٥٣/١٨: هذا مع صحة إسناده ترك منها للقول بالتحريم بلبن الفحل. وقد ثبت عنها حديث أبى القيعس أن رسول الله ﷺ قال لها: «هو عمك، فليلج عليك». بعد قوله له: يا رسول الله، إنما أرضعتنى المرأة، ولم يرضعنى الرجل، فقال لها: «إنه عمك، فليلج عليك». وهذا نص التحريم بلبن الفحل، فخالفت دلالة حديثها هذا، وأخذت بما رواه عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه أنه كان يدخل عليها من أرضعه أخواتها ولا يدخل عليها من أرضعه نساء إخوتها. فلو ذهب إلى التحريم بلبن الفحل، لكان نساء إخوتها من أحل لبن إخوتها حكمهن من التحريم بلبنهن كحكم أخواتهن فى التحريم بلبنهن، وفى الدخول عليهن سواء. والحجة فى حديث رسول الله ﷺ لا فى قولها.

ويحتمل أن تريد به أن من أرضعته أخواتها أو بنات أخيها، فأى وجه وجد الرضاع منهن، ومن أى زوج كان أثبت حرمة الرضاع فى الدخول وغيره، وأما نساء إخوتها، فمن أرضعنه قبل أن يتزوجهن إخوتها، لم يكن يدخل عليها، ولا تثبت به حرمة الرضاع.

١٢٦٥ – مَالِك، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عُقْبَةَ أَنَّهُ سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ الرَّضَاعَةِ، فَقَالَ سَعِيدٌ: كُلُّ مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ قَطْرَةً وَاحِدَةً، فَهُوَ يُحَرِّمُ، وَمَا كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، فَإِنَّمَا هُوَ طَعَامٌ يَأْكُلُهُ. قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ عتبة: ثُمَّ سَأَلْتُ عُرْوَةَ بْنَ الزُّبَيْرِ، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ.

١٢٦٦ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: لا رَضَاعَةَ إِلا مَا كَانَ فِي الْمَهْدِ، وَإِلا مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَالدَّمَ.

الشرح: قوله، رضى الله عنه: «**ما كان فى الحولين، وإن كانت قطرة واحدة فهو يحرم**»، وعلى أى وجه وصل ذلك من وجور أو لدود، رواه ابن حبيب، عن مالك وأصحابه، وكذلك إن كان مأكولاً فى طعام أو مشروبًا فى شراب، فإن ذلك كله يقع به التغذى.

وأما السعوط، فقال ابن القاسم: إن وصل السعوط إلى جوف الصبى، حرم. وقال ابن حبيب: يحرم على الإطلاق، وبه قال الشافعى.

وأما الحقنة، فقال ابن القاسم: إن كان فيه غذاء الصبى حرم، وإلا فلا. وقال ابن حبيب: يحرم على الإطلاق. وقال أبو محمد: يبعد أن يصل إلى موضع يحصل به التغذى، والله أعلم.

مسألة: ولو مزج اللبن بطعام أو شراب أو دواء، فتناوله صبى، فإن كان اللبن ظاهرًا

١٢٦٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٤٦.

١٢٦٦ – أخرج نحوه البخارى ٣٣٦/٣ كتاب الشهادات باب الشهادات على الأنساب، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع برقم ١٠٧٨/٢،٣٢، عن عائشة. النسائى ١٠٢/٦ كتاب النكاح باب القدر الذى يحرم منه الرضاعة، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٨، ٢٢٩/٢ كتاب النكاح باب رضاعة الكبير عن عائشة. أحمد ٩٤/٦، عن عائشة. الدارمى ١٥٨/٢، عن عائشة. أبو داود برقم ١٥٦٩، عن عائشة. البغوى فى شرح السنة ٨٣/٩ عن عائشة.

فيه نشر الحرمة، وإن غابت عينه، ففى المدونة عن ابن القاسم: لا يحرم شيئًا، وبه قال أبو حنيفة.

وروى ابن حبيب، عن مطرف وابن الماجشون: يحرم إذا كان الطعام أو الشراب الغالب. وروى عنه القاضى أبو محمد هذه الرواية، فقال: يحرم وإن كان اللبن مستهلكًا.

وجه القول الأول أن استهلاكه يبطل حكمه، بدليل أن الحالف لا يشرب لبنًا، لا يحنث، قاله القاضى أبو محمد.

ووجه القول الثانى أن اختلاط اللبن بغيره لا يبطل حكمه كما لو لم يستهلك فيه؛ لأن الغذاء يحصل به للطفل فى الوجهين.

١٢٦٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: الرَّضَاعَةُ قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا يحرم، وَالرَّضَاعَةُ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ تُحَرِّمُ.

قَالَ يَحْيَى: وسَمِعْت مالكًا يَقُولُ: الرَّضَاعَةُ قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا إِذَا كَانَ فِى الْحَوْلَيْنِ تُحَرِّمُ. قَالَ: فَأَمَّا مَا كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، فَإِنَّ قَلِيلَهُ وَكَثِيرَهُ لا يُحَرِّمُ شَيْئًا وَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ.

الشرح: قول مالك، رحمه الله: «**ما بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم**»، يحتمل وجهين، أظهرهما ما يقتضيه اللفظ من أن الحولين مدة للرضاعة دون ما يزاد عليها، وقد رواه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وأبو الفرج. وروى عن ابن الماجشون وسحنون.

والوجه الثانى أن يريد به الحولين وما فى حكمهما؛ لأن ما زاد على الحولين عنده فى حكم الحولين؛ لأنه به يتم حكمهما والمقصود منهما.

* * *

ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر

١٢٦٨ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَضَاعَةِ الْكَبِيرِ، فَقَالَ: أَخْبَرَنِى

١٢٦٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٤٨.

١٢٦٨ - أخرجه مسلم كتاب الرضاع باب رضاع الكبير ٢٦ - ٣٠ ، ١٠٧٦/٢، عن عائشة. أبو داود كتاب النكاح باب ١٠ فيمن حرم به ٢٢٩/٢ برقم ٢٠٦١، عن عائشة. أحمد ٢٠١/٦،=

عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ أَنَّ أَبَا حُذَيْفَةَ بْنَ عُتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَكَانَ قَدْ شَهِدَ بَدْرًا، وَكَانَ تَبَنَّى سَالِمًا الَّذِى يُقَالُ لَهُ سَالِمٌ مَوْلَى أَبِى حُذَيْفَةَ كَمَا تَبَنَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَيْدَ بْنَ حَارِثَةَ، وَأَنْكَحَ أَبُو حُذَيْفَةَ سَالِمًا، وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ ابْنُهُ أَنْكَحَهُ بِنْتَ أَخِيهِ فَاطِمَةَ بِنْتَ الْوَلِيدِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ، وَهِيَ يَوْمَئِذٍ مِنَ الْمُهَاجِرَاتِ الأُوَلِ، وَهِيَ مِنْ أَفْضَلِ أَيَامَى قُرَيْشٍ، فَلَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِى كِتَابِهِ فِى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ مَا أَنْزَلَ فَقَالَ: ﴿**ادْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**﴾ رُدَّ كُلُّ أحد مِنْ أُولَئِكَ إِلَى أَبِيهِ، فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ أَبُوهُ رُدَّ إِلَى مَوْلاهُ، فَجَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سُهَيْلٍ، وَهِيَ امْرَأَةُ أَبِى حُذَيْفَةَ، وَهِيَ مِنْ بَنِى عَامِرِ بْنِ لُؤَىٍّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ كُنَّا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا، وَكَانَ يَدْخُلُ عَلَىَّ، وَأَنَا فُضُلٌ، وَلَيْسَ لَنَا إِلا بَيْتٌ وَاحِدٌ، فَمَاذَا تَرَى فِى شَأْنِهِ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ، فَيَحْرُمُ بِلَبَنِهَا». وَكَانَتْ تَرَاهُ ابْنًا مِنَ الرَّضَاعَةِ فَأَخَذَتْ بِذَلِكَ عَائِشَةُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ فِيمَنْ كَانَتْ تُحِبُّ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ، فَكَانَتْ تَأْمُرُ أُخْتَهَا أُمَّ كُلْثُومٍ بِنْتَ أَبِى بَكْرٍ الصِّدِّيقِ وَبَنَاتِ أَخِيهَا أَنْ يُرْضِعْنَ مَنْ أَحَبَّتْ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ، وَأَبَى سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِىِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَّ بِتِلْكَ الرَّضَاعَةِ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ، وَقُلْنَ: لا وَاللَّهِ مَا نَرَى الَّذِى أَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلٍ إِلا رُخْصَةً مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِى رَضَاعَةِ سَالِمٍ وَحْدَهُ، لا وَاللَّهِ لا يَدْخُلُ عَلَيْنَا بِهَذِهِ الرَّضَاعَةِ أَحَدٌ، فَعَلَى هَذَا كَانَ أَزْوَاجُ النَّبِىِّ ﷺ فِى رَضَاعَةِ الْكَبِيرِ[(١)].

=عن عائشة. الحاكم ٣/٢٢٦، عن عائشة. عبد الرزاق برقم ١٣٣٤٥، عن عائشة. الطبرانى فى الكبير ٧/٦٩، عن عائشة. وذكره فى الكنز ١٥٧٢٦ وعزاه لعبد الرزاق، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧/٤٠٩: هذا حديث يدخل فى المسند، للقاء عروة، عائشة، وسائر أزواج النبى ﷺ، وللقائه سهلة بنت سهيل، وقد رواه عثمان بن عمر، عن مالك، مختصر اللفظ، متصل الإسناد، حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن محمد بن الحسين العسكرى، حدثنا يزيد بن سنان، حدثنا عثمان بن عمر وحدثنا خلف، قال: حدثنا عبدالله بن عمر بن إسحاق، حدثنا أحمد بن محمد بن الحجاج، حدثنا يزيد بن سنان، حدثنا عثمان بن عمر، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ، أمر امرأة أبى حذيفة أن=

.. ..

=ترضع سالمًا خمس رضعات، فكان يدخل عليها بتلك الرضاعة، وسائر أزواج النبى ﷺ، يأبين ذلك، ويقلن: إنما كانت الرخصة فى سالم وحده. وذكر الدارقطنى حديث عثمان بن عمر، ثم قال: وقد رواه عبدالرزاق. وعبدالكريم بن روح وإسحاق بن عيسى، وقيل ابن وهب، عن مالك، وذكروا فى إسناده عائشة أيضًا، ثم قال: حدثناه أبو طالب أحمد بن نصر بن طالب الحافظ من كتابه، حدثنا إسحاق بن إبراهيم بن عباد بصنعاء، عن عبدالرزاق، عن مالك بن أنس، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة وكان بدريًا وساق الحديث.

قال أبو عمر: وقد رواه يحيى بن سعيد الأنصارى، عن ابن شهاب، عن عروة وابن عبدالله بن ربيعة، عن عائشة، وأم سلمة، بلفظ حديث مالك هذا، ومعناه، سواء إلى آخره، ورواه يونس بن يزيد، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة وأم سلمة زوجى النبى ﷺ مثله، بمعناه سواء، حدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد بن صالح، قال: حدثنا عنبسة، قال: حدثنا يونس، عن ابن شهاب، قال: حدثنا عروة بن الزبير، عن عائشة زوج النبى ﷺ، وأم سلمة، أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، كان قد تبنى سالمًا، وساق الحديث بمعنى حديث مالك، وحدثناه عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد ابن إسماعيل، قال: حدثنا أيوب بن سليمان بن بلال، قال: حدثنا أبو بكر بن أبى أويس، عن سليمان بن بلال، قال يحيى: أخبرنى ابن شهاب، قال: أخبرنى عروة بن الزبير، وابن عبدالله بن ربيعة، عن عائشة، وأم سلمة زوجى النبى ﷺ، أن أبا حذيفة بن عتبة بن عبد شمس، كان ممن شهد بدرًا، مع النبى ﷺ، تبنى سالمًا، وهو مولى لامرأة من الأنصار، كما تبنى النبى ﷺ، زيد بن حارثة، وأنكح أبو حذيفة بن عتبة سالمًا بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وكانت هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة من المهاجرات الأول، وهى يومئذ من أفضل أيامى قريش، فلما أنزل الله تعالى فى زيد بن حارثة ما أنزل: ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله﴾ رد كل أحد ينتمى من أولئك إلى أبيه، فإن لم يعلم أبوه رد إلى مواليه، فجاءت سهلة بنت سهيل امرأة أبى حذيفة إلى رسول الله ﷺ وهى من بنى عامر بن لؤى، فقالت له فيما بلغنا: يا رسول الله، كنا نرى سالمًا ولدًا وكان يدخل على وأنا فضل، ليس لنا إلا بيت واحد، فماذا ترى يا رسول الله؟! فقال لها فيما بلغنا: «أرضعيه عشر رضعات فتحرم بلبنها». فكانت تراه ابنا من الرضاعة فأخذت بتلك الرضاعة عائشة زوج النبى ﷺ، فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال.

فكانت تأمر أختها أم كلثوم بنت أبى بكر، وبنات أخيها، أن يرضعن لها من أحبت أن يدخل عليها من الرجال، وأبى سائر أزواج النبى ﷺ، أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد وقلن لعائشة، والله ما نرى الذى أمر به رسول الله ﷺ، بنت سهيل من رضاعة سالم إلا رخصة فى رضاعة سالم وحده، من رسول الله ﷺ دون الناس، فوالله لا يدخل علينا أحد بتلك الرضاعة،=

الشرح: جواب ابن شهاب من سأله عن رضاعة الكبير بهذا الحديث، وما تضمنه من الخلاف دليل على ترجحه فى الأمر، وتوقيه فيه.

وقولها: «**وأنا فضل**»، قال ابن وهب: مكشوفة الرأس والصدر. وقيل معناه، أن يكون معه ثوب واحد، لا إزار تحته. وقيل عن الخليل، يقال رجل متفضل، وفضل وهو المتوشح بثوب على عاتقيه خالف بين طرفيه، ويقال امرأة فضل وثوب فضل، فمعنى ذلك أنه كان يدخل عليها، وبعض جسدها متكشف.

وقوله ﷺ: «**أرضعيه خمس رضعات**»، قال ابن المواز: لو أخذ به فى الحجابة خاصة لم أعبه، وتركه أحب إلينا. قال: وما علمت من أخذ به عامًا إلا عائشة، رضى الله عنها.

وقد روى مسروق، عن عائشة أن النبى ﷺ دخل عليها وعندها رجل، فكأنه تغير وجهه كأنه كره ذلك، فقالت: إنما هذا أخى، فقال ﷺ: «انظرى من أخواتك، فإنما الرضاعة من المجاعة»(*)، وهذا يمنع التحريم برضاع الكبير.

ولعلها حملته على التحريم، ومن جهة الفحل إن كان أخوها ذلك أخا رضاعة من قبل الفحل، ولذلك كانت تأمر بإرضاع من يدخل عليها أختها وبنات أخيها، ولا تستبيح ذلك بإرضاع نساء إخوتها، وترى أن التحريم من قبل الفحل يختص بالصغير.

=فعلى هذا الأمر كان أزواج النبى ﷺ، فى رضاعة الكبير، وهكذا قال ابن المبارك، عن يونس، عن الزهرى، عن عروة، وابن عبدالله بن ربيعة. وقال شعيب، عن الزهرى، أخبرنى عروة وابن عبدالله بن ربيعة، عن عائشة، وأم سلمة، أن أبا حذيفة وقال الليث، عن ابن مسافر، عن ابن شهاب، عن عروة وعمرة، عن عائشة، أن أبا حذيفة قال: محمد بن يحيى، وهذه الوجوه كلها عندنا محفوظة، غير إنى لا أعرف من ابن عبدالله بن ربيعة، وابن عايذ الله بن ربيعة، وأظنه إبراهيم بن عبدالرحمن بن عبدالله بن أبى ربيعة وهو ابن أم كلثوم بنت أبى بكر، فقد روى عنه الزهرى حديثين.

قال أبو عمر: حديث يحيى بن سعيد، عن ابن شهاب على ما ذكرناه فى هذا الباب، بمعنى حديث مالك من غير خلاف، إلا أن فى هذه الرواية هند بنت الوليد بن عتبة، وفى رواية مالك، فاطمة ابنة الوليد بن عتبة، وهو الصواب.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢. الدارمى حديث رقم ٢٢٥٦.

ولعلها كانت تقول به، وترى التأويل ما تأولته، وتأخذ فى فعلها بالأحزم، وما عين لنا أحد دخل عليها برضاعة الكبير.

وفى هذا الحديث الذى رواه مسروق عنها دليل على أن الرخصة فى قصته مختصة به، وبسهلة بنت سهيل؛ لأنه لفظ خاص.

وقوله ﷺ: «إنما الرضاعة من المجاعة»، نفى لثبوت حكم الرضاعة فى وقت لا يقع به الاغتذاء على عمومه، فيجب أن يحمل على عمومه، إلا ما خص منه بحديث سالم، والله أعلم.

١٢٦٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، وَأَنَا مَعَهُ عِنْدَ دَارِ الْقَضَاءِ يَسْأَلُهُ عَنْ رَضَاعَةِ الْكَبِيرِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: إِنِّى كَانَتْ لِى وَلِيدَةٌ، وَكُنْتُ أَطَؤُهَا، فَعَمَدَتِ امْرَأَتِى إِلَيْهَا فَأَرْضَعَتْهَا، فَدَخَلْتُ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: دُونَكَ فَقَدْ وَاللَّهِ أَرْضَعْتُهَا، فَقَالَ عُمَرُ: أَوْجِعْهَا، وَأْتِ جَارِيَتَكَ، فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ رَضَاعَةُ الصَّغِيرِ.

١٢٧٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلا سَأَلَ أَبَا مُوسَى الأَشْعَرِيَّ، فَقَالَ: إِنِّى مَصِصْتُ عَنِ امْرَأَتِى مِنْ ثَدْيِهَا لَبَنًا، فَذَهَبَ فِى بَطْنِى، فَقَالَ أَبُو مُوسَى: لا أُرَاهَا إِلا قَدْ حَرُمَتْ عَلَيْكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: انْظُرْ مَاذَا تُفْتِى بِهِ الرَّجُلَ، فَقَالَ أَبُو مُوسَى: فَمَاذَا تَقُولُ أَنْتَ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ: لا رَضَاعَةَ إِلا مَا كَانَ فِى الْحَوْلَيْنِ، فَقَالَ أَبُو مُوسَى: لا تَسْأَلُونِى عَنْ شَىْءٍ مَا كَانَ هَذَا الْحَبْرُ بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ.

الشرح: قوله: **«إن رجلاً[1] سأل عبد الله بن عمر»**، هو أبو عبس عبد الرحمن بن

١٢٦٩ - أخرجه عبد ارزاق فى المصنف ٤٦٢/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٠.

١٢٧٠ - أخرجه فى الأم ٢٩/٥. معرفة السنن والآثار ١٥٤٨٤/١١. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥١.

[illegible]

حبير الأنصارى، سأل عن رضاعة الكبير عبد الله بن عمر، فأخبره عبد الله بن عمر بما عنده فى ذلك عن أبيه عمر، رضى الله عنه.

وذلك يتضمن أن مذهبه فى ذلك مذهبه؛ لأن من يروى حديثًا ويعمل به، اقتضى عمله به الأخذ به، وتصديق رواته، وتقليده من نقل عنه أو موافقته عليه من جهة نظر وعلم.

فصل: وقول عمر للذى أرضعت امرأته جاريته: «**أوجعها**»، يحتمل أن يريد به أذاها لما قصدته من تحريم جاريته عليه، وذلك مما لا يحل لها، ويحتمل أن يريد به إيجاع نفسها باستدامة وطء جاريته؛ لأن ذلك مما يشق عليها، والله أعلم.

فصل: وقول أبى موسى للذى سأله عن حكم ما مص من ثدى امرأته من اللبن: «**ما أراها إلا قد حرمت عليك**»، لعله ممن رأى فى ذلك أن رضاع الكبير يحرم، وهو مذهب لم يأخذ به أحد من الفقهاء، وقد انعقد الإجماع على خلافه مع ما ظهر من رجوع أبى موسى عنه.

فصل: وقول عبد الله بن مسعود، رضى الله عنه: «**انظر ما تفتى به الرجل**»، على وجه الإنكار عليه، وإبداء المخالفة له، ولعله قد كان عنده فيه علم عن النبى ﷺ مما روى عنه ﷺ: «إن الرضاعة من المجاعة»(*) أو غير ذلك.

ويقتضى ذلك أن كل مجتهد ليس مصيبًا، ولو اعتقد عبد الله بن مسعود أن مخالفه مصيب لما ساغ له الإنكار عليه.

فصل: وقول أبى موسى: «**لا تسألونى عن شىء، ما دام هذا الحبر بين أظهركم**»، رجوع إلى ما ظهر من الحق، وانقياد لفضل ابن مسعود وعلمه وتقدمه، وقصر الناس على سؤاله لما اعتقد من تفوقه فى العلم عليه.

* * *

=فعزم عمر عليه ليوجعهن ظهر امرأته، وليطأن وليدته، ففعل. وروى الليث أيضًا، عن نافع، عن ابن عمر مثل حديث مالك عن عبد الله بن دينار.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢.

جامع ما جاء فى الرضاعة

١٢٧١ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَار، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَار، [وَ][1] عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلادَةِ».

١٢٧٢ – مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ نَوْفَلٍ أَنَّهُ قَالَ: أَخْبَرَنِي عُرْوَةُ

١٢٧١ – أخرجه البخارى ٦٨/٧ كتاب النكاح باب ما يحل من الدخول والنظر، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع ١٠٧/٢، ٩، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٥، ٢٢٨/٢ كتاب النكاح باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، عن عائشة. النسائى ٩٩/٦ كتاب النكاح باب يحرم من الرضاع، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٣٧ ، ٦٢٣/١ كتاب النكاح باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، عن عائشة. أحمد ٤٤/٦، عن عائشة. الدارمى ١٥٦/٢، عن عائشة. البيهقى ٢٧٥/٦، عن عائشة. البغوى بشرح السنة ٧٣/٩، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٤١٤/٧: هكذا فى كتاب يحيى، وعن عروة بن الزبير، بواو العطف، وهو خطأ، والصواب فى إسناد هذا الحديث: سليمان بن يسار، عن عروة بن الزبير؛ وكذلك هو عند القعنبى، وابن بكير، وابن وهب، وابن القاسم، والتنيسى، وأبى المصعب وجماعتهم فى الموطأ، عن مالك، عن عبد الله بن دينار، عن سليمان بن يسار، عن عروة بن الزبير، عن عائشة؛ وهو معروف لسليمان بن يسار، عن عروة؛ وغير نكير، رواية النظير، عن النظير، فكيف وسليمان دون عروة فى السن واللقاء – وإن كانا جميعًا من فقهاء عصرهما؛ وقد روى هذا الحديث، عن عروة: مكحول الشامى، وهو من كبار التابعين أيضًا، ورواه، عن عروة: ابن شهاب، وهشام بن عروة، وجماعة؛ وذكر ابن وهب، عن عمرو بن الحارث، عن جعفر بن ربيعة، عن مكحول، عن عروة، عن عائشة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب».

ورواه يحيى القطان، عن مالك، كما رواه سائر أصحاب مالك غير يحيى بن يحيى، وحسبك بيحيى بن سعيد بن القطان إتقانًا وحفظًا وجلالة.

قرأت على عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن عبدالسلام، قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا مالك، قال: حدثنا عبدالله بن دينار، عن سليمان بن يسار، عن عروة، عن عائشة، عن النبى ﷺ قال: «ما حرمت الولادة، حرمت الرضاعة».

١٢٧٢ – أخرجه مسلم كتاب النكاح ٢/برقم ١٤٠ باب جواز الغيلة، عن جذامة بنت وهب الأسدية. أبو داود برقم ٣٨٨٢، ٨/٤ كتاب الطب باب الغيلة، عن جذامة الأسدية. الترمذى ٢٠٧٧، ٤٠٦/٤ كتاب الطب باب الغيلة، عن جذامة بنت وهب. النسائى ١٠٧/٦ كتاب=

ابْنُ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ، عَنْ جُدَامَةَ بِنْتِ وَهْبٍ الأَسَدِيَّةِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهَا أَنَّهَا سَمِعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغِيلَةِ حَتَّى ذَكَرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ، فَلا يَضُرُّ أَوْلادَهُمْ».

قال مالك: وَالْغِيلَةُ أَنْ يَمَسَّ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَهِيَ تُرْضِعُ.

الشرح: قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: هكذا وقع عندى فى رواية يحيى ابن يحيى، عن جدامة، بالدال غير معجمة. وقال لى أبو ذر حين سماعى منه موطأ أبى مصعب منه رواية جذامة المعجمة، ولكن روايتى جدامة بالدال غير معجمة.

وقول مالك: الغيلة أن يمس الرجل امرأته، وهى ترضع، قاله الأصمعى: وأبو عبيد الهروى. والاسم الغيل، وقد أغال الرجل ولده، إذا فعل ذلك، والمرأة المغيلة التى ترضع ولدها، وهى توطأ، وأهل الطب يزعمون أن ذلك اللبن داء، ويقال قد أغيلت المرأة إذا سقته غيلاً.

فصل: وقوله: **«الغيلة أن يمس الرجل امرأته، وهى ترضع»**، قال ابن حبيب: عزل عنها، أو لم يعزل.

وقال الشيخ أبو عمران: إنما حقيقة الغيلة الوطء مع الإنزال، إلا أن يريد ابن حبيب أن الرجل إذا لم ينزل أنزلت المرأة؛ لأن ماءها يغير اللبن. وحكى ابن أبى زمنين: إن أصل الغيلة هاهنا الضرر، يقال خفت غائلة كذا، أى خفت ضرره.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن يكون معناه أن الوطء يغيل اللبن بمعنى يكثره، وإذا كان له فيه تأثير بالتكثير، جاز أن يكون له تأثير بالتغيير. قال بعض أهل اللغة: إن الغيلة أن ترضع المرأة المرضع ولدها وهى حامل.

فصل: وقوله ﷺ: **«لقد هممت أن أنهى عن الغيلة»**، يدل على أنه قد كان يقضى، ويأمر وينهى بما يؤديه إليه اجتهاده دون أن ينزل عليه شىء، ولذلك همَّ أن ينهى عن الغيلة؛ لما خاف من فساد أجساد أمته، وضعف قوتهم من أجلها حتى ذكر أن فارس والروم تفعل ذلك، فلا يضر أولادهم ذلك.

يحتمل أن يريد ﷺ أنه لا يريد أن يضر ضررًا عامًا، وإنما يضر فى النادر، فلذلك لم

=النكاح باب الغيلة، عن جذامة بنت وهب. أحمد ٣٦١/٦، عن جذامة بنت وهب. البيهقى ٢٣١/٧، عن جذامة بنت وهب. البغوى بشرح السنة ١٠٨/٩، عن جذامة بنت وهب.

ينه عنه، ولم يحرمه رفقًا بالناس لما في ذلك من المشقة على من له زوجة واحدة، فيمتنع من وطئها مدة، فتلحقه بذلك المشقة، وهذه مشقة عامة، فكانت مراعاتها أرفق بأمته من المشقة الخاصة التى لا تلحق إلا اليسير من الأطفال، والله أعلم.

قال ابن حبيب: العرب تتقى وطء المرضع أن يعود من ذلك ضرر على الولد صريح فى جسم أو علة.

مسألة: وإذا آجرت امرأة نفسها فى الرضاع بإذن زوجها، فإن لوالد الصبى أن يمنع زوجها من وطئها مدة الرضاع، قاله ابن القاسم. قال أصبغ: ليس ذلك إلا بشرط فى أصل الإجارة أو يكثر ضرر الصبى به، ويتبين ذلك، فيمنع.

١٢٧٣ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ حَزْمٍ، عَنْ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِىِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ، فَتُوُفِّىَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ فِيمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلُ.

الشرح: قولها، رضى الله عنها: «**كان فيما أنزل الله من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن**»، هذا الذى ذكرت عائشة، رضى الله عنها، أنه نزل من القرآن مما أخبرت عن أنه ناسخ أو منسوخ، لا يثبت قرآنا؛ لأن القرآن لا يثبت إلا بالخبر المتواتر.

وأما خبر الآحاد، فلا يثبت به القرآن، وهذا من أخبار الآحاد الداخلة فى جملة الغرائب، فلا يثبت بمثله قرآن، وإذا لم يثبت بمثله قرآن، فمن مذهبنا أن من ادعى فيه أنه قرآن، وتضمن حكمًا، فإنه لا يثبت ذلك الحكم، إلا أن يثبت بما يثبت به القرآن من الخبر المتواتر؛ لأن ذلك الحكم ثبوته فرع عن ثبوت الخبر قرآنًا.

ولو سلمنا أنه من جملة ما يصح التعلق به لما كانت فيه حجة؛ لأنها قالت: إنه

١٢٧٣ – أخرجه النسائى ٦/١٠٠، عن عائشة. مسلم كتاب الرضاع باب التحريم بخمس رضعات رقم ٢٤، عن عائشة. ٢/١٠٧٥. الترمذى فى الرضاع ١١٥٠. أبو داود فى النكاح ٢٠٦٢. ابن ماجه فى النكاح ١٩٤٢. الشافعى فى الأم ٥/٢٦. المسند ٢/٢١. الدارمى ٢/١٥٧. أبو داود فى النكاح ٢٠٦٢. باب هل يحرم ما دون خمس رضعات ٢/٢٢٣. البيهقى فى السنن الكبرى ٧/٤٥٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٤.

كانت فيه عشر رضعات معلومات يحرمن، ولا يدل أن ما دون العشرة لا يحرمن، إلا من جهة دليل الخطاب، وقد قررنا أن لا نقول به، ولو كنا نقول به لخصصناه، وعدلنا عنه بما تقدم من أدلتنا.

فصل: ويحتمل أن تريد بقولها: **«ثم نسخن بخمس معلومات»**، يريد نسخ اسمها وتلاوتها دون حكمها بأن تلى مكان العشر الرضعات خمس رضعات.

ولذلك لم تتعرض لذكر الحكم، وإنما أخبرت عن التلاوة، فقالت: **«فتوفى رسول الله ﷺ وهى مما يقرأ»**، ولم تقل: وهى مما يعمل به، ولا يحرم بما دونه، ولا تحتاج الزيادة عليها فى ثبوت التحريم، وبالله التوفيق.

فصل: وقول مالك، رحمه الله: **«وليس على هذا العمل»**، يريد ليس تأويل الفقهاء الذين يعمل بأقوالهم، ويعتمد على مذاهبهم فيها على ما يتأولونه فيها؛ لأنه وإن يسرع الناس إلى تأويلها على غير وجهها.

فليس كل من يتعاطى ذلك يفهم وجه التأويل، وإن كرر عليه، بل قد يتعقب بالتأويل والنظر، ولاسيما فى وقتنا من يضعف فهمه عن تحقق الظواهر، فاستغنى عن فهمهم بقوله: ليس على هذا العمل، والمراد به ما قدمناه، والله أعلم.

* * *



كتاب البيوع

ما جاء فى بيع العربان

١٢٧٤ - مَالِك، عَنِ الثِّقَةِ عِنْدَهُ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ(١).

قال مالك: وَذَلِكَ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنْ يَشْتَرِىَ الرَّجُلُ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ أَوْ يَتَكَارَى الدَّابَّةَ، ثُمَّ يَقُولُ لِلَّذِى اشْتَرَى مِنْهُ أَوْ تَكَارَى مِنْهُ: أُعْطِيكَ دِينَارًا أَوْ دِرْهَمًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ عَلَى أَنِّى إِنْ أَخَذْتُ السِّلْعَةَ أَوْ رَكِبْتُ مَا تَكَارَيْتُ مِنْكَ، فَالَّذِى أَعْطَيْتُكَ هُوَ مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَةِ أَوْ مِنْ كِرَاءِ الدَّابَّةِ، وَإِنْ تَرَكْتُ ابْتِيَاعَ السِّلْعَةِ أَوْ

١٢٧٤ - أخرجه أبو داود برقم ٣٥٠٢، كتاب البيوع باب العربان ٣/٢٨١، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ابن ماجه برقم ٢١٩٢، ٢/٧٣٨ كتاب التجارات باب بيع العربان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. البيهقى فى السنن ٥/٣٤٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. أحمد ٢/١٨٣، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ابن أبى شيبة ١٤/٢٠٥، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣/٨: هكذا قال يحيى عن مالك، عن الثقة - عنده - فى هذا الحديث، عن عمرو بن شعيب، وتابعه قوم، منهم: ابن عبد الحكم، وقال القعنبى والتنيسى وجماعة عن مالك أنه بلغه، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وسواء قال: عن الثقة عنده أو بلغه؛ لأنه كان لا يأخذ ولا يحدث إلا عن ثقة عنده، وقد تكلم الناس فى الثقة عنده فى هذا الموضع؛ وأشبه ما قيل فيه: أنه أخذه، عن ابن لهيعة، أو عن ابن وهب، عن ابن لهيعة؛ لأن ابن لهيعة سمعه من عمرو بن شعيب، ورواه، عنه؛ حدث به عن ابن لهيعة ابن وهب وغيره، وابن لهيعة أحد العلماء؛ إلا أنه يقال إنه احترقت كتبه، فكان إذا حدث بعد ذلك من حفظه غلط، وما رواه عن ابن المبارك، وابن وهب، فهو عند بعضهم صحيح، ومنهم من يضعف حديثه كله؛ وكان عنده علم واسع، وكان كثير الحديث، إلا أن حاله عندهم ما وصفنا.

كِرَاءَ الدَّابَّةِ، فَمَا أَعْطَيْتُكَ لَكَ بَاطِلٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ(*).

الشرح: قوله: «**نهى عن بيع العربان**(*)»، البيع معروف، وهو يفتقر إلى إيجاب وقبول، ويلزم بوجودهما بلفظ الماضى، فإذا قال المبتاع: بعنى، فقال البائع: بعتك، فقد حكى أصحابنا العراقيون: إن البيع يصح وينعقد به. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا ينعقد حتى يقول المبتاع بعد ذلك: اشتريت أو قبلت.

والدليل على صحة ما نقوله أن كل ما كان إيجابًا وقبولاً فى عقد النكاح، كان إيجابًا وقبولاً فى البيع، كما لو قال: قبلت بعد الإيجاب.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فليس للإيجاب والقبول لفظ معين، وكل لفظ أو إشارة، فهم منه الإيجاب والقبول، لزم به البيع وسائر العقود.

إلا أن فى الألفاظ ما هو صريح، لا يحتمل التأويل، مثل أن يقول البائع: بعتك هذا الثوب بدينار، فيقول المبتاع: قد قبلت، أو يقول المبتاع: قد ابتعت منك هذا الثوب بدينار، فيقول البائع: قد بعته منك، فهذا يلزم به العقد المتبايعين.

وأما الألفاظ المحتملة، فلا يلزم البيع بها بمجردها، حتى يقترن بها عرف أو عادة، أو ما يدل على البيع، وذلك مثل أن يقول المبتاع: بكم سلعتك؟ فيقول البائع: بدينار، فيقول المبتاع: قد قبلت، فيقول البائع: لا أبيعك.

(*) قال فى الاستذكار ١٩/١٠: قول مالك فى تفسير ذلك، فعليه جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين، والعراقيين، منهم: الشافعى، والثورى، وأبو حنيفة، والأوزاعى، والليث بن سعد، وعبد العزيز بن أبى سلمة، لأنه من بيع الغرر والمخاطرة، وأكل المال بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل. وبيع العربان على ذلك منسوخ عندهم إذا وقع قبل القبض وبعده، وترد السلعة إن كانت قائمة، فإن فاتت رد قيمتها يوم قبضها، ويرد على كل حال ما أخذ عربانا فى الشراء والكراء.

وقد روى عن قوم من التابعين منهم: مجاهد، وابن سيرين، ونافع بن عبد الحارث، وزيد بن أسلم: أنهم أجازوا بيع العربان على ما وصفنا. وذلك غير جائز عندنا. وكان زيد بن أسلم يقول: أجازه رسول الله ﷺ. وهذا لا نعرفه عن النبى ﷺ من وجه يصح.

ويحتمل أن يكون بيع العربان الذى أجازه رسول الله ﷺ، لو صح عنه أن يجعل العربان عن البائع من ثمن سلعته إن تم البيع، وإلا رده، وهذا وجه جائز عند الجميع.

(*) بيع العربان: هو من العربون وهو أن يشترى الرجل شيئًا فيدفع إلى البائع من ثمن المبيع جزءًا من الثمن مقدمًا، فإن مضى البيع دفع بقية الثمن، وإن رد البيع فقد العربون، وتكون فيها مدة الخيار محددة بزمن.

فإن كان في سوق تلك السلعة، ففي العتبية من رواية أشهب، عن مالك: يلزمه البيع. وفي المدونة من رواية ابن القاسم: يحلف ما ساومه على إرادة البيع، وما ساوم إلا لأمر يذكره عند ذلك، ولا يلزمه البيع.

وجه رواية أشهب أن إيقافه في السوق دليل على إرادة البيع، وقد وجد منه لفظ يصح أن يستعمل في البيع، فوجب أن يلزمه.

ووجه رواية ابن القاسم أنه يصح أن يكون له غرض من تعرف ثمن سلعة ونهاية ما يعطي بها، واللفظ ليس بصريح في إنفاذ البيع؛ لأن البيع علق بالمستقبل دون الماضي، فإذا حلف أنه لم يرد البيع، وإنما أراد ما يمكن إرادته، ويصح الغرض فيه لم يلزمه، وأن يحلف لزمه البيع، وهذا إن لم يكن لاعبًا، فإن علم أنه قصد اللعب، لم يلزمه البيع، رواه أشهب، عن مالك.

فصل: وقوله: «**بيع العربان**»، فسره مالك بما تقدم. وقال ابن حبيب: العربان أول الشيء وعنفوانه، والمنهي عنه من ذلك أن ينعقد عليه البيع، ولذلك أضافه إليه على وجه إن كره المشتري البيع، كان ما دفعه للبائع دون عوض، فهذا الذي نهي عنه؛ لأنه من أبين المخاطرة.

وأما العربان الذي لم ينه عنه، فهو أن يبتاع ثوبًا أو غيره بالخيار، فيدفع إليه بعض الثمن مختومًا عليه، إن كان مما لا يعرف بعينه على أنه إن رضي البيع كان من الثمن، وإن كره، رجع إليه ذلك؛ لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو بعضه.

مسألة: إذا وقع البيع والكراء على ما منع منه من بيع العربان، فقد قال علي بن دينار: يفسخ، وإن فات، كانت فيه القيمة. ووجه ذلك ما دخله من الغرر والخطر بما ذكره من العربان.

قال مالك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا بَأْسَ بِأَنْ يَبْتَاعَ الْعَبْدَ التَّاجِرَ وَالْفَصِيحَ بِالأَعْبُدِ مِنَ الْحَبَشَةِ أَوْ مِنْ جِنْسٍ مِنَ الأَجْنَاسِ، لَيْسُوا مِثْلَهُ فِي الْفَصَاحَةِ وَلا فِي التِّجَارَةِ وَالنَّفَاذِ وَالْمَعْرِفَةِ، لا بَأْسَ بِهَذَا أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْهُ الْعَبْدَ بِالْعَبْدَيْنِ أَوْ بِالأَعْبُدِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، إِذَا اخْتَلَفَ فَبَانَ اخْتِلافُهُ، فَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُ ذَلِكَ بَعْضًا حَتَّى يَتَقَارَبَ فَلا تأخذ يَأْخُذْ مِنْهُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهُمْ.

قال مالك: وَلا بَأْسَ بِأَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَنَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِى اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ[١].

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن بيع الجنس الواحد من السلع والحيوان بعضه ببعض على ضربين، نقدًا ونسًا. فأما النقد، فهو جائز فى الجنسين والجنس الواحد، ما لم يكن مقتاتًا متفاضلاً.

وأما النسا، فهو على ضربين، أحدهما: أن يكون العوض من غير جنس المعوض منه. والآخر: أن يكون من جنسه.

فإن كان من غير جنسه، جاز التفاضل، وإن كان من جنسه، لم يجز متفاضلاً، وذلك فى أربعة أبواب، الأول: ما ليس بمقتات ولا عين، فإنه يجوز التفاضل فيه نقدًا. والباب الثانى: أن النساء علة فساد بيع الجنس بعضه ببعض. والباب الثالث: أن النساء مع اختلاف المنافع، لا يمنع المعاوضة. والباب الرابع: فى بيان معنى المنافع المقصودة فى الأجناس.

* * *

الباب الأول فى جواز التفاضل فى غير العين والمقتات نقدًا

وهو مذهب مالك، رحمه الله، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

* * *

الباب الثانى فى أن النساء علة فى فساد بيع الجنس بعضه ببعض مع اتفاق المنافع المقصودة

وهو مذهب مالك، رحمه الله. وقال الشافعى: كل ما يجوز فيه التفاضل يدًا بيد، فإنه يجوز فيه التفاضل، والتساوى نساء.

---

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ١٢/١٩، ١٣: مذهب مالك الذى لا اختلاف فيه عنه، وعن أصحابه هو معنى ما رسمه هاهنا، وفى باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض، والسلف فيه من الموطأ. وجملة ذلك بأنه لا بأس عنده: العبد بالعبدين، والفرس بالفرسين، والبعير بالبعيرين، وكذلك سائر الحيوان إذا اختلفا فى الغرض فيهما، والمنفعة بهما. ولا يجوز إذا كانت المنافع، والأغراض منفعة.

وأما قول مالك: فلا بأس أن تبيع مع ذلك ما اشتريت من قبل أن تستوفيه، فإنه لا يجوز عند الشافعى، ولا أبو حنيفة، وأصحابهما بيع شىء من الحيوان قبل قبضه، لا من صاحبه الذى ابتعته منه، ولا من غيره حتى تستوفيه يقبض له ما يقبض به مثله.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، رحمه الله، ما روى الحسن، عن سمرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة(*).

قال أبو عيسى الترمذي: حديث الحسن، عن سمرة في بيع الحيوان بالحيوان صحيح، وسماعه منه صحيح كذلك.

قال علي بن المديني: ولنا في المنع من ذلك من جهة المعنى طريقان، أحدهما: أنه ممنوع منه لنفسه. والثاني: أنه ممنوع منه للذريعة، فأما الطريقة الأولى، فإن اشتراط الزيادة في الجنس مع الأجل مفسد للعقد كاشتراطه في السلف.

وأما المنع منه للذريعة، فإنه لا خلاف أن اشتراط الزيادة في السلف غير جائز، ولا فرق بينه، وبين اشتراطه في البيع من جهة الصورة، فوجب أن يكون ممنوعًا؛ لئلا يتوصل به إلى الممنوع المتفق على تحريمه.

مسألة: إذا ثبت التفاضل، فهل يثبت على التساوي؟ قال القاضي أبو محمد: إن ذلك جائز، ورواه ابن القاسم وغيره، وبه قال أبو حنيفة.

وجه قول القاضي أبي محمد أن المنع من ذلك إنما هو للذريعة، ومع التساوي تضعف التهمة، فيبطل حكم المنع.

ووجه القول الثاني أن هذه ذريعة إلى قرض تجبر به منفعة، فيكون من له الثوب يدفعه في مثله؛ ليكون في ضمان القابض له إلى أجل تعاقدهما، ووقت انتفاعه، ولما كان هذا عقدًا منع من التفاضل فيه، وجب أن يمنع من التساوي كالعرض.

* * *

الباب الثالث في أن اختلاف المنافع يصح بيع بعض الجنس ببعضه إلى أجل متفاضلاً

هو مذهب مالك. وقال أبو حنيفة: إن ذلك لا يجوز مع اختلاف المنافع إذا كانا من جنس. والدليل على ما نقوله، قوله تعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ [النساء: ٢٩]، وهذا عام.

(*) أخرجه الترمذي حديث رقم ١٢٣٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٦٢٠. أبو داود حديث رقم ٣٣٥٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٧٠. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٦٣٠، ١٩٧٠٣. الدارمي حديث رقم ٢٥٦٤.

وهذه المسألة عندنا مبنية على أن اختلاف المنافع هى المعتبرة فى الجنس، فإذا ثبت لنا هذا ثبت جواز التفاضل؛ لأنه لا يخالفنا فى جواز التفاضل فى الجنسين مع التساوى، وسندل عليه، إن شاء الله تعالى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز الكبير فى الصغيرين إلى أجل؛ لأنهما جنسان متباينان، وليس فيهما وجه من وجوه التهمة.

وروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم أن مالكًا كره أن تسلم كبار الحُمُر فى صغار البغال؛ لأنها تنتج منها البغال إلا أن يكون الأجل قريبًا خمسة أيام وشبهها، مما لا تهمة فيه.

وهذا ليس من الوجه المذكور، وإنما هو؛ لأنه لا يجوز أن تسلم شيئًا مما يخرج منه لما فيه من أنواع المزابنة، فإذا آن ذلك؛ لأن أجل السلم يمنعه من أن يخرج منه ما سلم فيه صح ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما تسليم صغير فى كبيرين إلى أجل، فروى عيسى بن دينار، عن ابن القاسم إجازته. وروى ابن المواز: المنع منه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا إنما يجب عندى أن يمنع إلى أجل يكبر فيه، مثل ذلك الصغير، فيصير مثل الكبير المسلم فيه، وذلك من الوجه المتقدم، وليس من معنى هذا الباب بسبيل.

وذهب جمهور أصحابنا إلى المنع من تسليم صغير فى كبير، أو كبير فى صغير، ويجب أن يكون بمعنى ما تقدم من المنع فى المسألتين المتقدمتين.

وقد اختلفوا فى تجويز صغيرين فى كبيرين، وكبيرين فى صغيرين، وذكر القاضى أبو محمد أن ذلك كله جائز، وهو الصحيح؛ لأنهما جنسان يختلفان، يصح التفاضل بينهما، فصح التساوى كالثياب بالإبل والبقر.

ووجه آخر، وهو أن التفاضل فى المقدار أبلغ فى إفساد العقود من التفاضل فى الصفات بدليل أنه لا يجوز التفاضل بالنقد فى الطعام، ويجوز فيه التفاضل بالجودة والصفة، ثم ثبت وتقرر أن هذا يجوز فيه التفاضل بالمقدار، فبأن يجوز فيه التفاضل بالصفة أولى وأحرى.

مسألة: وأما اختلاف لجنس بالمنافع مع الاتفاق فى السن، فلا بأس به، الواحد

بالاثنين، والاثنين بالواحد، وهل يسلم الواحد من ذلك فى الواحد، روى القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه، عن مالك إجازته فى البعير النجيب بالبعير من حاشية الإبل.

وفى المدونة مثل ذلك عن ابن القاسم فى العبد التاجر فى العبد الذى ليس بتاجر، وهو الصواب؛ لأن اختلاف المنافع قد جعلهما جنسين يجوز فيهما التفاضل، فبأن يجوز فيهما التساوى أولى، وعقد هذا الباب أن ما حكم فيه بالجنسين، فإن التساوى والتفاضل يجوز فيهما.

* * *

الباب الرابع فى تبيين المنافع المقصودة التى يتبين بها معنى الجنس

الأصل فى ذلك أن معنى الجنس عندنا فى هذا الباب ما انفرد بالمنفعة المقصودة منه، فإذا اختلف الشيئان فى المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين، وإن سميا باسم واحد، وإن اتفقا فى المنفعة المقصودة، وافترقا فى الاسم.

فالذى يقتضيه قول ابن القاسم فى البغال والحمير، أنهما جنس واحد، أن الاعتبار باختلاف الأسماء، والذى يقتضيه قول ابن حبيب أنهما جنس، أن الاعتبار أيضًا بالأسماء.

والدليل على صحة ذلك أننا إنما منعنا التفاضل فى الجنس الواحد للزيادة فى السلف، وأجزناه فى الجنسين لتعريه من ذلك، فوجب أن تراعى المنفعة المقصودة من العين؛ لأن من طلب الزيادة فى السلف، فإنما يطلبها مع استرجاع ما سلف، وبقاء تلك المنفعة المقصودة له.

فإذا استرجع ما فيه منفعة أخرى بغير منفعة العين التى سلف، لم تحصل له الزيادة فى السلف، ولذلك جوزنا التفاضل بين التمر العربى والتمر الهندى، وبين الجوز الهندى والذى ليس بهندى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن اختلاف المنافع فى الجنس يكون على ضربين، أحدهما: أن تختلف منافعهما للصغر والكبر. والثانى: أن تختلف للتناهى فى المنفعة المقصودة من ذلك الجنس.

فأما الصغر والكبر، فإنه يختلف باختلاف جنس الحيوان، فإن كان الحيوان مما تصح فيه الحرية كبنى آدم، ففى الواضحة: أن الرقيق صنف واحد، ذكوره وإناثه، صغاره

وكباره، عجميه وعربيه، والقيـاس عنـدى أن يكـون صغيره جنسًـا مخالفًـا لكبـيره؛ لأن المنافع التى يتميز بها الجنس من التجارة والصنائع لا تصح من الصغير.

مسألة: فإن كان مما لا تصح فيه الحرية، فلا يخلو أن يكون مما المقصـود منـه الأكـل، فإن كان مما لا يقصد منه الأكل كالخيل والبغال والحمير، فـإن جنـس صغارهـا مخـالف لكبارها؛ لأن المقصود من كبارها غير المقصود من صغارها.

وإن كان مما يقصد منه الأكل كالإبل والبقر والغنم والطير، فإنه علـى ثلاثـة أقسـام، أحدها: أن يكون فيه مع ذلك عمل مقصود كالإبل والبقر، فهـذا القسـم لا خـلاف أن صغاره مخالف لكباره.

والثاني: لا يكون فيـه عمـل مقصـود ولا منفعـة مقصـودة، فهـذا لا خـلاف فـى أن صغاره مـن جنـس كبـاره كـالحجل واليمـام. والقسـم الثـالث: أن لا يكـون فيـه عمـل مقصود، وتكون فيه منفعة مقصودة من لبس ونحوه.

فهل يختلف جنسها بالصغر والكبـر أم لا؟ وروى ابـن المـواز، عـن مـالك فـى ذلـك روايتين، إحداهما: لا تختلف؛ لأن المقصود من هذا الحيوان الأكل، ويسـتوى فـى ذلـك صغاره وكباره.

والثانية: تختلـف بذلـك؛ لأن المقصـود مـن كبـار الغنـم الـدر والنسـل، وهـو منفعـة مقصودة كالعمل فى الإبل والبقر، وكذلك الدجاج، قـال ابـن القاسـم: كلهـا صنـف، ذكورها وإناثها.

قال أصبغ: لا يسلم بعضها فى بعض إلا الدجـاج ذات البيـض، فإنهـا صنـف تسـلم الدجاجة البيوض أو التى فيها بيض فى الديكين.

فرع: والسن الذى هو حد بـين الصغـر والكـبر أن يبلـغ حـد الانتفـاع بهـا، المنفعـة المقصودة منها، قال ابن المواز: وهو أن يسافر عليه، فالجذع ما قصر عن ذلك مـن جملـة الصغار والحولى صغير.

وأما البغال والحمير، فروى ابن المواز، عن مالك أن الحولى صغـير، والربـاعى كبـير، ويحتمل أن يكون الجذع من جملة الكبار كالخيل.

وأما الإبل، فروى ابن المواز، عن مالك: لا خير فى ابنتى مخاض فى حقـة، ولا حقـة فى جذعتين، ويحتمل أنه منع ابنتى مخاض فى حقة؛ لأنهما من سن الصغـر، ومنـع حقـة فى جذعتين على رواية من منع صغيرًا فى كبير.

فإن الجذع أول أسنان الكبير في الإبل، ويحتمل أنه منع بنتي مخاض في حقه على رواية من منع صغيرين في كبير، ومنع حقة في جذعتين؛ لأنهما من سن الكبر، فتكون الحقة من حيز الكبير؛ لأن ذلك سن يستعمل في المنفعة المقصودة، وهو الحمل.

فرع: وأما البقر، فإن حد الكبير في الذكور أن يبلغ حد الحرث، وفي الإناث على قول ابن القاسم مثل ذلك. وعلى قول ابن حبيب أن يبلغ سن الوضع واللبن.

وأما اللبن، فإن فرقنا بين صغارها وكبارها، فحد الكبير أن يضع مثلها، ويكون فيها اللبن، ويجب على هذا أن يكون ذكورها من جنس صغارها؛ لأنه ليس فيها غير اللحم إلا النزر، ولا اعتبار به في اختلاف الجنس كالخيل والحمر.

فرع: وأما الرقيق، فإن حد الكبر فيهم، إن فرقنا بين صغارهم وكبارهم، أن يبلغ سن من يطيق التكسب بعمله أو تجارته، وذلك عندى الخمسة عشر سنة ونحوها، أو الاحتلام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المنفعة المقصودة من العبد أن يكون قادرًا على التكسب بمعنى يستفاد في التعليم، لا يكون شائعًا في الجنس كالتجارة والصناعة.

فأما التجارة والجزارة والبناء والخياطة، فهي مع الفصاحة والحساب أس، والكتابة والقراءة إذا تقدمها نفاذ يمكنه التكسب بها، وهكذا ما جرى هذا المجرى.

وليس كذلك الأعمال المعتادة التي يعملها أكثر الناس بجنس يباين به من لا يعمل ذلك العمل كالحرث والحصاد في الرجال والغزل في النساء؛ لأنه لما كان هذا العمل معتادًا يمكن أكثر هذا الجنس كان بمنزلة المشي وسائر أنواع التصرف المعتاد.

مسألة: وليست الذكورة بجنس في الرقيق، ولا في شيء من الأنعام، إلا أن يكون معه من المنافع المقصودة ما يقتضي ذلك، وهذا حكم جميع الحيوان.

وأما الصناعة في الإماء، فكالطبخ والخبز والرقم والنسخ، وكل نوع من ذلك مخالف للآخر، إلا الطبخ والخبز، فإنه صناعة واحدة وجنس واحد. وأما الكتابة، فروى محمد، عن ابن القاسم: ليست بجنس في الإماء.

وروى عيسى عنه: أنها إن كانت فائقة فيها، أنه جنس تبين به من غيرها، ويحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن يكون ذلك قولاً واحدًا، أن النفاذ في ذلك والتقدم حتى يمكن التكسب به جنس مقصود، وأن الكتابة اليسيرة التي لا يمكن الاكتساب بها ليست بجنس مقصود.

والوجه الثانى: أن ذلك على قولين، أحدهما: أنه ليس بجنس فى الإماء مع النفاذ بخلاف العبيد. والثانى: حكمها فى ذلك حكم العبيد.

مسألة: وأما الجمال، فهل يكون جنسًا فى الإماء، روى عيسى، عن ابن القاسم: أن ذلك ليس بجنس. وروى محمد، عن أصبغ: أنه جنس مقصود، ورأيت بعض فقهاء القرويين يحكى أن ابن وهب رواه.

وجه قول ابن القاسم أنه معنى لا يتكسب له الإماء، فلم تختلف به أجناسهن كالقوة.

ووجه قول أصبغ أن الأثمان تختلف باختلافه، وتتفاوت بتفاوته.

مسألة: وليس الغزل، ولا عمل الطيب بجنس؛ لأن الغزل معتاد فى النساء شامل، وعمل الطيب ليس مما يكاد أن تنفرد بالتكسب به، بل ذلك شائع فى جميع النساء، وهذا معنى ما احتج به ابن المواز فى هذه المسألة.

مسألة: والمقصود من الخيل السبق والجودة؛ لأنها بهما تباين سائر الحيوان المتحد، فإذا كان سابقًا فائقًا، فليس من جنس ما ليس بسباق من الخيل، والمقصود من الإبل على الحمل، فإن كان مما يباين غيرها فى القوة على ذلك، فهو من غير جنسه، وليس السبق بمقصود فيها؛ لأنها لا تراد للسبق، ولذلك لا يسهم لها.

وإن جاز أن يكون منها ما يسابق، فإن ذلك ليس بمنفعة أفضل هذا الجنس وأغلبه، ألا ترى أن من الخيل ما تكون فيه القوة على الحمل، ولا يتخذ لذلك، ولا يتميز به فى الجنس عما ليس بقوى على الحمل؛ لأن الحمل ليس بمقصود من أفضل هذا الجنس ولا أكثر.

مسألة: وأما البغال والحمير، فقال ابن القاسم: هى جنس واحد. وقال ابن حبيب: هما جنسان مختلفان، وذكر أن كل واحد من الجنسين يفارق جنسه بالسير والجرى، يريد مع السير.

قال: فأبى ابن القاسم أن الأسماء لا اعتبار بها، فلما اتفقت فى المعنى المقصود منها كانت جنسًا واحدًا، وإن لم يشملها اسم واحد، وهذا أشبه بمذهب مالك، رحمه الله.

ووجه ما قاله ابن حبيب أن اختلاف الأسماء الخاصة، يوجب اختلاف الجنس، وإنما يراعى اختلاف المنافع واتفاقها فى الجنس الواحد.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فبماذا تختلف فى أنفسها؟ قال ابن القاسم: إن البغال كلها مع الحمر المصرية جنس مخالف للأعرابية، ولا تختلف بالسير والقيم، وإنما تختلف بالصغر والكبر.

ووجهه أن المقصود منها الركوب للجمال، وهى متقاربة فيه. وقال ابن حبيب: تختلف باختلاف السير؛ لأن السير هو المقصود منها، فيجب أن تختلف باختلافه.

مسألة: والمنفعة المقصودة من البقر القوة على الحرث؛ لأنه العمل الذى تتخذ له، ولا خلاف فى ذكورها. وأما إناثها، فحكى ابن حبيب أن المقصود منها كثرة اللبن.

والظاهر من مذهب ابن القاسم أن حكمها حكم الذكور. والفرق بين إناث البقر وإناث الغنم، أن إناث البقر لها منفعة تختص بذكورها وإناثها، وإناث الغنم ليس فيها شيء من ذلك، فإذا قلنا برواية ابن حبيب جاز تسليم البقرة الكثيرة اللبن، وإن كانت قوية على الحرث فى الثور.

مسألة: وأما الغنم، فإنها على ضربين، معز وضأن، فأما المعز، فإنها تختلف بكثرة اللبن؛ لأنه المقصود منها. وأما الضأن، فروى يحيى، عن ابن القاسم: أن كثرة اللبن لا يختلف فيه جنس الضأن. وقال ابن القاسم فى المدونة: إن اللبن معتبر فى الغنم من غير تفصيل.

وجه رواية يحيى، عن ابن القاسم أن اللبن لا يكاد يتباين إلا فى الماعز. وأما الضأن، فمتقاربة فى اللبن.

ووجه رواية سحنون أن هذا حيوان ذو لبن، ولا يقصد به العمل، فوجب أن يختلف جنسه بكثرة اللبن وقلته كالماعز.

مسألة: فأما الطير، فإنه على ضربين، أحدهما: يقصد منه البيض. والثانى: لا يقصد. فأما ما لا يقصد منه البيض، فذكوره وإناثه، وصغاره وكباره، جنس واحد.

وأما ما يقصد منه البيض كالدجاج، فاختلف أصحابنا فيه، فروى عيسى، عن ابن القاسم: ليس مما يختلف فيه الجنس. وقال أصبغ: يختلف به الجنس.

وجه رواية ابن القاسم أن البيض فى الدجاج، ليس يقصد بالاقتناء له فى الأغلب، وإنما يقصد باللحم، وذلك متساو فى جميعها.

ووجه آخر، أن هذه ولادة، والولادة لا يعتبر بها فى الجنس، قلت أو كثرت كسائر الحيوان.

ووجه قول أصبغ أن البيض معنى مقصود من هـذا الجنس مـن الحيـوان كـاللبن فـى الغنم.

فصل: وقوله: «**فإن أشبه بعض ذلك بعضًا حتى يتقارب، فلا تأخذ منه اثنـين بواحـد إلى أجل، وإن اختلفـت أجناسها**»، يريـد أن يكـون الرقيـق سـودانًا أو بيضًـا وروـمًـا أو نوبة، فإن ذلك ليس باختلاف فيهم يبيح التفاضل مع النسا.

فصل: وقوله: «**ولا بأس أن تبيع ما اشتريت من ذلك قبل أن تسـتوفيه، إذا انتقـدت ثمنه من غير صاحبه الذى ابتعت منه**»، يريد أن مـا أسـلمت فيـه مـن الرقيـق، يجـوز أن تبيعه قبل أن تستوفيه، وكذلك كل ما ليس بمطعوم عند مالك، فإنـه يجـوز بيعـه قبـل أن يستوفى إذا كان فى الذمة.

وقوله: «**إذا انتقدت ثمنه وكان مؤجلاً، لم يجز**»، لأنه من اشتراط انتقـاد الثمـن فـى المبيع الذى ألزمه؛ لأنه إذا لم ينتقد ثمنه، وكان مؤجـلاً لـم يجـز؛ لأنـه مـن بيـع الكـالئ بالكالئ، أو فسخ الدين فى الدين.

وإن أخذ من غير جنس ماله عنده، فلا يخلو أن يكون مـن جنـس الثمـن، فإنـه علـى ضربين، أحدهما: أن يكون الثمن عينًا. والثانى: أن يكون عرضًـا، فـإن كـان عينًـا مـن جنس واحد، فإن لـه أن يـأخذ مثـل الثمـن سـواء عـددًا وصفـة؛ لأن مآلـه إلى السـلف الجائز، فليس فيه وجه من وجوه الفساد.

ولا يجوز له أن يأخذ أكثر عددًا؛ لأن مآله إلى الزيادة فى السلف، وذلك غير جـائز، وهل له أن يأخذ أدنى عددًا، أو صفة جوزه بعض أصحابنا، وأباه ابن أبى سلمة.

ووجه جوازه أن ماله تبعد فيه التهمة أن يعطى عينًا، ليأخذ أقل عـددًا منـه، أو أدنـى صفة، وسيأتى ذكر منعه بغير جنس الثمن وبيعه من غير بائعه، إن شاء الله تعالى.

قال مالك: لا يَنْبَغِى أَنْ يُسْتَثْنَى جَنِينٌ فِى بَطْنِ أُمِّهِ إِذَا بِيعَـتْ؛ لأَنَّ ذَلِـكَ غَـرَرٌ لا يُدْرَى أَذَكَرٌ هُوَ أَمْ أُنْثَى، أَحَسَنٌ أَمْ قَبِيحٌ، أَوْ نَاقِصٌ أَوْ تَامٌّ، أَوْ حَى أَوْ مَيِّتٌ، وَذَلِـكَ يَضَعُ مِنْ ثَمَنِهَا[1].

---

(١) قال فى الاستذكار ١٤/١٩: جعل مالك استثناء البائع للجنين كاشترائه لـه لـو كـان. وقـد أجمعوا أنه لا يجوز شراؤه فاستثناء البائع للجنين كشراء المشترى له عنده. وهذا قول الشافعى، إلا أنه لا يجوز استثناؤه؛ لأنه كعضو من أعضاء أمه. وهو قول أبى حنيفة، والثـورى أيضًـا، أنـه لا=

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن تباع أمة أو شيء من إناث الحيوان، ويستثنى جنين في بطنها، وعلل ذلك بعلتين، إحداهما: أنه مجهول الصفة والحياة. والثانية: أنه ينقص ذلك من ثمنها، وهذا تعليلان صحيحان.

وذلك أن الاستثناء من المبيع على ضربين، أحدهما: أن يستثنى جزءًا من الجملة، فإنه لا يخلو من ثلاثة أقسام، أحدها: أن يكون جزءًا شائعًا. والثاني: أن يكون جزءًا معينًا. والثالث: أن يكون جزءًا مقدرًا غير شائع ولا معين، فإن كان جزءًا شائعًا، فإنه يصح في جميع الحيوان، وفي غير الحيوان كبيع ربع العبد والدابة والثوب والدار.

مسألة: وإن كان جزءًا معينًا، فلا يخلو أن يكون في حيوان أو غير حيوان، فإن كان في حيوان، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون معينًا كالجنين، وما في ظهر الفحول، ولحم الفخذ، فهذا لا يجوز بوجه؛ لأن المبتاع قد استثنى من الجملة ما لا نعلمه.

وإذا لم نعلمه، لم نعلم باقي الجملة، وهذا في أجنة الإناث وما في ظهور الفحول واضح الفساد؛ لأنه يمنع من قبض المبيع والتصرف فيه المدة الطويلة.

وأما استثناء فخذ الناقة، فإنه يصح أن يقال ذلك على قولنا إن المستثنى مبيع، وهذا أظهر فيما احتج به في قولنا أنه لا يدرى أن الجنين حسن أو قبيح، أو ذكر أو أنثى، أو حي أو ميت.

وهذا إذا كان باقيًا على ملكه، لا يجب أن يؤثر في البيع لسلامة المبيع في ذلك، وإنما يؤثر فيه على قولنا أنه مبيع مسترجع فأفسد البيع استرجاعه؛ لأنه به تم، والله أعلم.

فرع: وسواء استثنى الجنين عتيقًا أو رقيقًا، فإنه لا يجوز، ويفسخ البيع، رواه في المبسوط ابن نافع، عن مالك. وقال الأوزاعي وابن حنبل: يجوز أن يبيع الرجل أمته الحامل، ويستثنى ما في بطنها.

والدليل على ما نقوله أن هذا جزء معين من الجملة، فلم يجز استثناؤه من الأمة كيدها أو رجلها.

=يجوز أن تباع الأم ويستثنى ما في بطنها، وهي حامل؛ لأنه من بيوع الغرر. وقالوا كما قال مالك، ذلك يضع من ثمنها. قال الشافعي: كل ذلت حمل من بني آدم ومن البهائم بيعت، فحملها تبع لها كعضو منها. وهو قول أبي حنيفة.

فرع: فإذا انعقد البيع على ذلك، فإنه يبطل، ويفسخ ما لم تفت الجارية عند المبتاع بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق، فإن دخلها شيء من ذلك، لزمته بقيمتها يوم قبضها، فإن ولدت عند المشترى، وقبض البائع الطفل، نقض بيعه فيه، ورده إلى المبتاع، وهذا إذا ولدته بعد تقويم الأم على المشترى.

فأما إذا ولدته قبل ذلك، فإن هذا إنما يستقيم على قولنا أن المستثنى مبيع مع الجملة، ولو قلنا إنه غير مبيع لكان للبائع على كل حال؛ لأنه لم يخرج عن ملكه ببيع ولا غيره، والمذهب مبنى على ما تقدم.

فرع: فإذا قلنا ذلك، وفات الجنين عند البائع بوجه من وجوه الفوات المتقدم ذكرها، لزمه بالقيمة يوم قبضه، ولزمهما أن يجمعا بين الأم وابنها فى ملك أحدهما أو يبيعانهما معًا من غيرهما.

مسألة: فإن كان معينًا غير مغيب كالرأس واليد والرجل، فلا يخلو أن يكون الحيوان مما لا يستباح ذبحه كالرقيق أو يستباح ذبحه كالأنعام، فإن كان مما لا يستباح ذبحه، فإنه لا يجوز بيعه، واستثناء جزء معين منه.

فلا يجوز بيع الأمة، واستثناء يدها أو رجلها أو رأسها؛ لأن الذى باع معينًا منها لا يمكن تسليمه، ولا الانتفاع به؛ لأنه إن استثنى رجله لا يجوز للمبتاع أن يأمرها بالمشى والتصرف؛ لأن البائع يمنعها من القيام أو المشى برجلها المستثناة؛ لأن حقه متميز، ولا يجبر البائع على تصريف حقه المتميز.

وليس كذلك الجزء الشائع، فإنه يجبر على التصرف المعتاد مع الشريك كالدار المشاعة بين الشريكين، إن أراد أحدهما إخلاءها، والمنع من الانتفاع بها لم يكن له ذلك، وإذا تميز حقه منها كان له ذلك فى حقه.

مسألة: وإن كان من الحيوان المستباح ذبحه كالأنعام، فإنه إن وقع البيع على هذا بشرط التبقية لا يجوز.

مسألة: فإن كان بشرط الذبح، فلا يخلو أن يكون المستثنى له قدر وقيمة، يسقط له بعض الثمن، أو لا قدر له، فإن كان له قدر قيمة كالفخذ والسواقط، حيث تكون له قيمة، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز، وجوز ابن حبيب بيع الشاة، واستثناء الأكارع والرأس، حيث تكون لها قيمة.

ووجه القول الأول أنه مبنى على أحد فصلين، إما أن يكون لهما استثناء دون جلد، والمستثنى عنده مبيع، فلم يجوزه؛ لأنه استثنى معينًا. وأما أن يكون لما شرط أخذه بعد الذبح، فكان كأنه باعه مذبوحًا، وعند الذبح يعلم من صفته ما لا يعلم اليوم، فمنع ذلك صحة العقد.

ووجه قول ابن حبيب ما احتج به، وأنه استثنى جزءًا ظاهرًا معينًا، فلم يمنع ذلك صحة العقد، وهذا مبنى على أن جلد العضو المبيع مستثنى مع ذلك العضو، فلذلك صار المستثنى مرئيًا.

مسألة: وإن كان استثناء الجلد بحيث له قدر وقيمة، فالذى رواه ابن القاسم، عن مالك: أن ذلك لا يجوز. وروى ابن حبيب، عن ابن وهب تجويزه.

وقول ابن القاسم مبنى على تعذر المعرفة بقدره وجنسه، وجودته ورداءته، وعلى أنه لا يجوز بيع اللحم المغيب؛ لأنه إذا استثنى الجلد، فقد أفرد اللحم بالبيع وهو مغيب.

ووجه قول ابن وهب أنه يمكن معرفته، فيمكن استثناؤه، وبيع اللحم المغيب بجلده كما لو لم يكن للجلد قيمة.

مسألة: وإن كان المستثنى من الجلد والرأس والأكارع فى الأسفار بحيث لا قيمة لشىء من ذلك، ففيه عن مالك روايتان، إحداهما الجواز، والأخرى المنع. وقال القاضى أبو محمد: إن المحققين من أصحابنا جعلوا ذلك رواية واحدة المنع، حيث تكون له قيمة، والإجازة حيث لا تكون له قيمة.

مسألة: وأما إن كان المستثنى من الحيوان مقدرًا على غير ما بيع، ولا معينًا مثل أن يستثنى منه أرطالاً مقدرة، فعن مالك فى ذلك روايتان، روى عنه ابن وهب المنع، وروى عنه ابن القاسم إجازة ذلك فى الأرطال اليسيرة.

وجه رواية ابن وهب أنها مبينة على أن المستثنى مبيع، فإذا كان مستورًا بالجلد، لم يجز بيعه لعدم الرؤية والصفة فيه.

وجه رواية ابن القاسم أنها مبنية على أن المستثنى باق على ملك البائع غير داخل فى المبيع، فلا يفسد العقد بما يتعلق به من عدم المعرفة لصفته [.....][٢] .

إذا قلنا برواية المنع، فلا تفريع فيه، وإن قلنا برواية الإباحة بحكم اليسير الذى يجوز،

---

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

قال ابن القاسم: الثلاثة الأرطال والأربعة من الشاة. وزاد ابن المواز عنه: الخمسة والستة، ولم يبلغ به مالك الثلث، وأشهب يجيز الثلث.

ومعنى ذلك أن هذا الثلث حد بين القليل والكثير عند مالك، واختلف قوله فيه، فمرة جعله فى حيز الكثير، وفروع مسائله تدور على حسب هذا الاختلاف، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: فِي الرَّجُلِ يَبْتَاعُ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ بِمِائَةِ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ يَنْدَمُ الْبَائِعُ، فَيَسْأَلُ الْمُبْتَاعَ أَنْ يُقِيلَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ، وَيَمْحُو عَنْهُ الْمِائَةَ دِينَارٍ الَّتِي لَهُ.

قال مالك: لا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَإِنْ نَدِمَ الْمُبْتَاعُ، فَسَأَلَ الْبَائِعَ أَنْ يُقِيلَهُ فِي الْجَارِيَةِ أَوِ الْعَبْدِ، وَيَزِيدَهُ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنَ الأَجَلِ الَّذِي اشْتَرَى إِلَيْهِ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَنْبَغِي، وَإِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الْبَائِعَ كَأَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ مِائَةَ دِينَارٍ لَهُ إِلَى سَنَةٍ قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ بِجَارِيَةٍ وَبِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنَ السَّنَةِ، فَدَخَلَ فِي ذَلِكَ بَيْعُ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ إِلَى أَجَلٍ(١).

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله، أن البائع إذا زاد المبتاع عشرة دنانير على أن يقيله، فإن ذلك جائز، وسواء كانت الزيادة من البائع ما شاء من جميع الأشياء كلها، العين وغيره، نقدًا أو مؤجلاً، ولم يتفرقا؛ لأنه كان البائع اشترى الجارية بالثمن الذى وجب له على المبتاع وبزيادة زادها إياه.

ولا فساد فى ذلك ما لم تكن الزيادة من جنس المبيع، فإن كانت من جنسه زاد نقدًا، ولم يجز مؤجلاً لما تقدم من منع الشيء بجنسه إلى أجل.

---

(١) قال فى الاستذكار ١٦/١٩: أما المسألة الأولى التى ندم فيها البائع، فأعطى المشترى عشرة دنانير نقدًا، أو إلى أجل، وترد عليه يسقط عن المشترى ثمنها المائة الديناء المذكورة، فهذا البيع مستأنف، وإقالة لا يدخلها تهمة، لأنها رجعت إليه سلعته بما اشتراها به من الزيادة، ولم يدخل فى ذلك ذهب بأكثر منها، ولا ذهب بذهب إلى أجل، فلذلك أجازه، فقال: لا بأس به.

والمسألة الثانية: بين مالك، رحمه الله، ما يدخلها إعتاقه، فذكر أنها بيع ذهب بذهب إلى أجل. فأما الشافعى، فليس فى ذلك كله عنده شيء مكروه، فلا يدخله عنده شيء يحرمه؛ لأن الظاهر الجميل لا يظن به الظن السوء بالباطن، والظن ليس بحقيقة، ولا يقع التحريم بالظنون.

فصل: «**وإن ندم المبتاع، فسأل البائع أن يقيله، ويزيده بعشرة دنانير نقدًا أو إلى أجل**»، الفصل معناه أنه إذا أراد المبتاع العشرة ليقيله البائع، فإن كان إلى أجل، فهو جائز؛ لأنه يبيعها منه بأقل من الثمن الذى ابتاعها منه مقاصة.

وإن زاد العشرة نقدًا، لم يجز ذلك؛ لأنه عجل عشرة من المائة المؤجلة عليه، فصار بيعًا وسلفًا، فهذه العلة اللازمة، وقد قال ذلك ربيعة فى إحدى مسألتى الحمار، فيمن باع حمارًا بعشرة دنانير، فاستقاله المبتاع على دينار يعجله للبائع، أن ذلك بمنزلة من اقتضى ذهبًا يتعجلها من ذهب.

وأما ما ذكره، رحمه الله، من أنه يدخله أنه باع عشرة دنانير وجارية نقدًا بمائة دينار له إلى سنة، فإنه وجه صحيح أيضًا فيما يتكرر، ويقصد من بيع جارية وعشرة دنانير معجلة بمائة إلى أجل، فإن الذرائع يقوى منعها بتكرر القصد إليه، والغرض فيه، فيعبر عنه أصحابنا بقوة التهمة فيه، ويضعف وجه المنع بقلة قصده.

وذلك فيما يحتمل وجوهًا من الصحة، ووجهًا أو وجوهًا من الفساد المقتضى للمنع، فيحمل على المقصود من تلك الوجوه. وأما ما كان الفساد له لازمًا، فإن تلك ممنوع لنفسه.

مسألة: وأما إن كانت العشرة إلى أجل أقرب من أجل المائة، فحكمها حكم العشرة المعجلة، وإن كانت إلى أجل أبعد من أجل المائة، لم يجز أيضًا؛ لأنه يدخله جارية معجلة وعشرة مؤجلة بمائة مؤجلة إلى غير ذلك، وأقل ما يقتضى ذلك اشتراط النقد للعشرة، والمنع من المقاصة.

ولو شرط ذلك فى العشرة المؤجلة إلى أجل المائة؛ لأفسد العقد؛ لأنه يتضمن بيع جارية وعشرة دنانير يخرجها، ولا ينقدها بمائة دينار ينقدها، وهذا يقتضى التفاضل فى العين، فأوجب ذلك فساد العقد، ويدخله مع ذلك الكالئ بالكالئ فى عشرة دنانير والمائة، وذلك ممنوع.

مسألة: ومن ابتاع سلعة بنقد أو مؤجل، ثم استقال منها، فلا تخلو السلعة أن لا تكون غير مكيلة، ولا موزونة، ولا معدودة، كالجارية والثوب، فباعها بنقد، ثم استقال منها على زيادة مؤجلة.

وذلك مثل أن يبيع منه جارية بعشرة دنانير نقدًا، ثم استقال المبتاع بدينار يزيده مؤجلاً، فإن ذلك لا يجوز، وهى إحدى مسألتى الحمار. وربيعة قال: لا يصح؛ لأنه أخذ عنه دنانير بالنقد، وأخذ الحمار بما بقى من الذهب.

وقد قال جماعة من شيوخنا: إن معنى ذلك البيع والسلف، وهو قول صحيح؛ لأن السلف فى الدينار الذى أخذ عنه والسعة فى أخذ الحمار بتسعة دنانير من العشرة التى كانت له عليه، ويدخله مع ذلك بيع حمار ودينار بأجل بعشرة دنانير معجلة.

فرع: وقد قال محمد بن المواز: إذا كانت البيعة الأولى بالنقد، فلا يتهم فى الثانية إلا أهل العينة. وقال الشيخ أبو محمد: إنه ليس بخلاف لما قاله مالك وربيعة؛ لأن ابن المواز إنما يعنى بذلك إذا كانت البيعة الأولى بالنقد مما لو انفردت لكانت صحيحة.

وأما فى بيعة، لو انفردت لم تجز، تقدمها بيع أو لم يتقدم، فليس كذلك. وفى مسألة ربيعة كانت للبائع على المبتاع عشرة دنانير نقدًا، فاشترى منه تلك السلعة وغيرها بتسعة دنانير واحدة بدينار من عشرة، فلم يجز لما دخله من البيع والسلف.

مسألة: وإن كان المبيع بالنقد مكيلاً أو موزونًا أو معدودًا، فلا يخلو أن يكون غير مطعوم أو مطعومًا، فإن كان غير مطعوم، فباعه بدينار نقدًا، فلا بأس أن يستقيل المبتاع قبل النقد على أن يزيده دنانير أو ما شاء معجلاً، وذلك مثل أن يبيعه مائة رطل حديد بعشرة دنانير، فيستقيل على دينار يعطيه إياه.

قال محمد بن المواز: إذا كانت الزيادة فى مجلس الإقالة، فإن تأخرت دخله فى زيادة الدنانير بيع وسلف، ويدخله فى بيع الورق صرف مستأخر، ويدخله فى زيادة العرض الدين بالدين.

وعندى أنه يرد فسخ دين فى دين، وإنما يجوز فى تعجيل الورق، إذا كانت أقل من صرف دينار، وهذا عندى ما لم يغب المبتاع على السلعة الموصوفة، ولو غاب عليها، لم يجز أن يقال منها بشىء يزيده؛ لأنه يدخله بيع وسلف؛ لأن عينه لا تعرف، ولو كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود، لجاز ذلك، وإن غاب عليه المبتاع؛ لأنه مما يعرف بعينه.

مسألة: فإن كان المبيع مكيلاً غير مطعوم، وكان الثمن عينًا مؤجلاً، لم يجز أن يزيده المبتاع ذهبًا من جنس الثمن نقدًا، ولا إلى أجل أقرب من أجل الثمن، ولا أبعد منه.

قال المحمدون: لأنه يدخله بيع وسلف، ويدخله ذهب بذهب وعرض إلى أجل، ولا بأس أن يزيده من جنسها. زاد العتبى: فى وزنها إلى الأجل، ولا يجوز أن يزيده من غير جنسها نقدًا ولا مؤجلاً، ولا يجوز أن يزيده ورقًا نقدًا ولا مؤجلاً، ولا بأس أن يزيده عرضًا مؤجلاً.

مسألة: فإن كان الثمن عرضًا مؤجلاً، ففى كتاب المحمدين الثلاثة: لا يزيده المبتاع عرضًا من غير جنس الثمن مؤجلاً؛ لأنه يدخله الدين بالدين، ولا بأس أن يزيد عرضًا من جنس الثمن، ولا يدخله الدين بالدين؛ لأن الدين بالدين، إنما هو فى جنسين مختلفين. فأما اشتغال الذمتين بجنس واحد، فلا يدخله فى هذا الباب الدين بالدين.

ومعنى ذلك عندى أن يحمل على المقاصة، ولو اشترط كل واحد منهما النقد والانتقاد؛ لدخله الدين بالدين، ويمنع من ذلك، إلا أن تضعف التهمة فيه؛ لأن هذا المعنى ليس فيه بمقصود فى الزيادة ولا معتاد.

فرع: فإن زاده من جنس الثمن معجلاً أو مؤجلاً إلى غير الأجل، لم يجز فيه التفاضل، ذكر ذلك المحمدون، عن ابن القاسم وأشهب وعبد الملك.

ومعنى ذلك عندى أن بيع ثوب بثوبين إلى أجل يحرم لنفسه، فلذلك منع ما كان ذريعة إليه، ولو منع للذريعة إلى سلف جر منفعة لما حرم هذا بسبب الذريعة إليه.

مسألة: فإن كان المبيع طعامًا مكيلاً، فلا يجوز أن يزيد أحدهما صاحبه شيئًا من الأشياء، ويقيله منه على الكيل لما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه.

فإن كان اكتاله، ولم يغب عليه المبتاع، وكان الثمن نقدًا أو لم ينقد بعد، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: لا بأس أن يزيده المبتاع نقدًا ما شاء، من ذهب وورق وعرض وطعام من جنسه، ومن غير جنسه.

وعندى أنه يجب أن يراعى فى الورق أن يكون أقل من صرف دينار؛ لئلا يدخله بيع وصرف، وقد رأيت هذا لبعض مشايخنا، والله أعلم.

فرع: قال: ولا يجوز أن يزيده شيئًا مؤجلاً؛ لأنه يدخله بيع وسلف، وفى زيادة العرض، فسخ دين فى دين، وفى زيادة الذهب والورق الأجل فى الذهب بالذهب أو بالورق.

وعندى أنه يدخله بيع وسلف، وهى الثانية من مسألتى ربيعة، وإن كان نقده الثمن، فهو بيع حادث يجوز فيه ما يجوز فى سائر البيوع.

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مِنَ الرَّجُلِ الْجَارِيَةَ بِمِائَةِ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَشْتَرِيهَا بِأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ الثَّمَنِ الَّذِى بَاعَهَا بِهِ إِلَى أَبْعَدَ مِنْ ذَلِكَ الأَجَلِ الَّذِى بَاعَهَا إِلَيْهِ: إِنَّ

ذَلِكَ لا يَصْلُحُ. وَتَفْسِيرُ مَا كَرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَبْتَاعُهَا إِلَى أَجَلٍ أَبْعَدَ مِنْهُ يَبِيعُهَا بِثَلاثِينَ دِينَارًا إِلَى شَهْرٍ، ثُمَّ يَبْتَاعُهَا بِسِتِّينَ دِينَارًا إِلَى سَنَةٍ أَوْ إِلَى نِصْفِ سَنَةٍ، فَصَارَ إِنْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ سِلْعَتُهُ بِعَيْنِهَا وَأَعْطَاهُ صَاحِبُهُ ثَلاثِينَ دِينَارًا إِلَى شَهْرٍ بِسِتِّينَ دِينَارًا إِلَى سَنَةٍ أَوْ إِلَى نِصْفِ سَنَةٍ، فَهَذَا لا يَنْبَغِي[1].

الشرح: وهذا كما قال، رحمه الله، أن من باع جارية بثلاثين إلى أجل، فإنه لا يجوز أن يشتريها بأكثر من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل، إذا كان على وجه غير المقاصة؛ لأنه يقبض عنه عند الأجل الأول ثلاثين، ويدفع إليه عند الأجل ستين، وما تقدم من بيع الجارية، وابتياعها لغو توصلا به إلى بيع ثلاثين دينارًا بستين دينارًا، وذلك ممنوع، وبهذا قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد بن حنبل وطاوس وسعيد بن جبير. وقال الشافعي: ذلك جائز.

وقد استدل أصحابنا في ذلك بما رواه أبو إسحاق السبيعى، عن أم يونس، واسمها العالية، أن عائشة، رضى الله عنها، قالت لها أم محبة أم ولد زيد بن أرقم الأنصارى: يا أم المؤمنين، أتعرفين زيد بن أرقم؟ قالت: نعم، قالت: فإنى بعته عبدًا إلى العطاء بثمانمائة درهم، فاحتاج، فاشتريته قبل محل الأجل بستمائة درهم، قالت: بئسما اشتريت، أبلغى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب. قالت: فقلت: أرأيت إن تركت المائتين، ثم أخذت الستمائة، قالت: نعم، فمن جاءه موعظة من ربه، فانتهى، فله ما سلف[1].

---

(١) قال فى الاستذكار ١٩/ ٢٠: حكم هذا عنده إذا باع السلعة بثمن إلى أجل، ثم اشتراها إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن، كحكم من باعها إلى أجل بثمن، ثم ابتاعها بالنقد بأقل من ذلك لأنه فى كلا الوجهين ترجع إليه سلعته بعينها، ويحصل بيده دراهم، أو ذهب، بأكثر منها إلى أجل، وهذا هو الربا، لاشك فيه لمن قصده. إلا أن العلماء قد اختلفوا فى هذا المعنى، وهذا مذهب من رأى قطع الدراهم؛ لما يغلب على الظن أن المتبايعين قصدا إليه. وأما من رأى أن البيع على ظاهره، وأن تهمة المسلم بما لا يحل له حرام عليه لم يقل بشىء من ذلك. والذى ذهب إليه مالك فى هذا الباب هو قول جمهور أهل المدينة.

(١) قال فى الاستذكار ١٩/ ٢٥: رواه الثورى، عن إسحاق عن امرأته، قال: سمعت امرأة أبى السفر، تقول: قلت لعائشة: بعت من زيد بن أرقم، وذكر الخبر كله بمعناه. وهو خبر لا يثبته أهل العلم بالحديث، ولا هو مما يحتج به عندهم. وامرأة أبى إسحاق، وامرأة أبى السفر، وأم ولد زيد بن أرقم كلهن غير معروفات بحمل العلم. وفى مثل هؤلاء روى شعبة، عن أبى هشام أنه=

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا بيع آل بين متابعين إلى دنانير بأكثر منهـا، فوجب أن يفسد ذلك كما لو باعه دينارًا بدينار إلى أجل.

مسألة: وجملة هذا أن الذى يتحرر منه هذا الباب أن يؤول أحدهمـا إلى بيع الشىء بجنسه متفاضلاً إلى أجل، فإن سلمت المسألة من ذلك، فهى صحيحة، وإن أدى إلى ذلك، نظر فيه، وهو على قسمين، أحدهما: أن يكون الثمنان عينًا. والثانى: أن يكون غير عين.

فإن كان عينًا، فإنه على ضربين، أحدهمـا: أن يكون البيع الثانى على المقاصة. والثانى: أن يكون على غير المقاصة.

فإن كان على المقاصة بالثمن، فإنه يجوز أن يشترى السلعة التى باعها إلى الأجل بمثل ذلك الثمن وبأقل وبأكثر، وإلى أقرب من ذلك الأجل، وأبعد بأقل من ذلك الثمن أو أكثر، لا يسلم من تسليم العين فى مثله؛ لأنه إن كان بمثل ذلك الثمن، فهى إقالة محضة، وإن كان بأقل أو أكثر، فالوزن يكون من أحدهما دون الآخر.

مسألة: فإن لم تكن على المقاصة، فإن فيه تسع مسائل على ثلاث أحوال، قبل الأجل بمثل الثمن وأقل وأكثر، وإلى الأجل على الثلاثة الوجوه، وإلى أبعد من الأجل بمثل ذلك، يبطل مسألتان، ويصح سائرها، وهما إلى قبل الأجل بأقل من الثمن، وإلى أبعد من الأجل بأكثر من الثمن.

ووجه ذلك أنه إذا اشتراها إلى أقرب من الأجل بأقل من الثمن، أعطى قبل الأجل ثلاثين، وأخذ عند الأجل ستين، وإن كان لأبعد من الأجل بأكثر من الثمن، فهى المسألة التى ذكرها مالك، رحمه الله.

وإن كان قبل الأجل بأكثر من الثمن أو بمثله، لم يتهم أحد فى أن يعطى ستين دينارًا فى ثلاثين دينارًا إلى أجل، ولا فى ستين إلى أجل، وإذا كان إلى الأجل، فالوزن من أحدهما، وتبعد التهمة فى أن يقصدا الوزن جميعًا، لكون الثوب المبيع واحدًا، والنقد واحد، فليس فى ذلك غرض مقصود، وإذا كان إلى أبعد من الأجل بأقل من الثمن أو بمثله، فهو أيضًا يعطى ستين، ويأخذ ثلاثين، أو ستين عند الأجل، ولا تهمة فى مثل هذا.

=قال: كانوا يكرهون الرواية عن النساء، إلا أزواج النبى ﷺ. والحديث منكر اللفظ لا أصل له؛ لأن الأعمال الصالحة لا يحبطها الاجتهاد، وإنما يحبطها الارتداد، ومحال أن تلزم عائشة زيد التوبة برأيها، ويكفره اجتهادها، فهذا ما لا ينبغى أن يظن بها ولا يقبل عليها.

فرع: ومن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر، فابتاعها بخمسة نقدًا أو خمسة إلى شهرين، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فجوزه ابن القاسم، ومنعه ابن الماجشون.

وإنما اختلفا فى كراهيته لضعف التهمة فيه؛ لأنه إنما يؤول إلى أن سلف أحدهما صاحبه على أن يسلفه الآخر، وهذا غرض يقل عمله، وينظر فى هذا أبدًا إلى استواء الثمنين، فإن تساويا، فهو جائز.

مسألة: وإن كان الثمن عرضًا، مثل أن يشتريه منه بخمسة أثواب مضمونة فى ذمته إلى أجل، ثم يبيعه بثياب بجنسها، فلا بأس بذلك على وجه المقاصة اشتراه بأكثر من تلك الثياب أو بأقل أو بمثلها إلى أقرب من الأجل أو أبعد منه أو إلى الأجل الأول.

فإن لم يكن على المقاصة، دخلته التسعة الوجوه المذكورة قبل هذا، إلا أنه يبطل منها أربعة، ويصح سائرها، فالتى تبطل أن يقيله إلى أقرب من الأجل بأقل من الثمن أو أكثر، ومثل ذلك يدخل إلى أبعد من الأجل.

فإما الوجهان الأولان، فهما أقرب من الأجل بأقل من العدد، وإلى أبعد من الأجل بأكثر من ذلك العدد، فهو ذريعة إلى سلف وزيادة. وأما الوجهان الآخران، فهما إلى أقرب من الأجل بأكثر من العدد، وإلى أبعد من الأجل بأقل من العدد، فهو كبيع الجنس بجنسه متفاضلاً إلى أجل.

فأما على قول من قال من أصحابنا: إن ذلك محرم لنفسه، فهما كالوجهين الأولين. وأما من قال من أصحابنا: إنه محرم للذريعة، فإن هذه المسألة يتعلق فيها بذريعة الذريعة. وقد قال جماعة من أصحابنا: إن ذريعة الذريعة لا تؤثر فى المنع، والله أعلم.

وقد ذكر عبد الحق، رحمه الله، فيمن باع ثوبًا بقفيز حنطة إلى أجل، واشتراه بقفيز حنطة نقدًا، لا ينبغى ذلك، ويبقى أن يكون دفع قفيزين ليضمن له القفيز إلى أجل، وذلك بخلاف العين.

قال: وقيل الأمر سواء التهمة مرتفعة، وهى مسألة يتنازع فيها، وما علمت فيها رواية، والذى عندى أن الخلاف إنما وقع للوجه الذى ذكرته، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو باع ثوبًا بعشرة دراهم إلى أجل، فاشتراه قبل الأجل بخمسة دراهم نقدًا، وبثوب من نوعه أو من غير نوعه، فقد قال ابن القاسم: لا خير فى ذلك؛ لأن هذا بيع وسلف؛ لأنه كان أسلفه خمسة دراهم على أن باعه ثوبه الثانى بخمسة دراهم

إلى شهر، فصار إذا حل الأجل، كان خمسة قضاء عن الخمسة التى دفع إليه قبل محل الأجل، وخمسة من ثمن الثوب الباقى.

وهذا كما قال؛ لأن البائع يرجع إليه ثوبه، ويدفع إليه الآن خمسة دراهم وثوبًا، ويأخذ عند الأجل عشرة دراهم خمسة دراهم عن ثوبه الذى أعطاه آخرًا، وخمسة قضاء للخمسة الدراهم التى دفع معه على أنها من ثمن الثوب الأول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن باع ثوبين بعشرة دراهم إلى أشهر، ثم اشترى أحدهما بثوب نقدًا، وبخمسة دراهم نقدًا، فقد قال ابن القاسم: لا يصح؛ لأنه يدخله بيع وسلف، ويدخله أيضًا فضة وسلعة نقدًا بفضة إلى أجل.

فرع: فإذا ثبت ذلك، فقد قال بعض القرويين: إن الثوب الذى بقى بيد المبتاع من الثوبين الأولين، لا يفسخ فيه البيع؛ لأن العقد فيه صحيح وينظر، فإن كان الثوبان الآخران قائمين، ردا، فإن فاتا، فأما الثوب الذى رجع إلى البائع، فلا تفيته عنده حوالة الأسواق، وإنما يفيته التغيير الشديد، فإذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصة ذلك الثوب، وهو مما سميناه له.

وأما الثوب الذى دفعه البائع آخرًا، فحكمه ما قارن بيعه السلف فيما يفوت به، ومقدار قيمته يحصل لكل واحد من الثلاثة الأثواب، حكم يختص به.

وهذا إنما أبيحه على قول من قال: إنه إنما يفسخ العقد الثانى بتصحيح الأول، فإذا لم تفت الثياب بقى الثوب الأول بيد المبتاع؛ لأنه يصح بفسخ العقد الثانى على قول سحنون.

وأما على قول من قال: يفسخ العقدان، فإن التراد يقع فى الأثواب الثلاثة، وإذا فاتت الثياب، فأكثر أصحابنا على رد العقدين، فلا يصح هذا فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما الثوب الذى رده المبتاع إلى البائع، فقال فيه ما تقدم، ولم يعين وجهه. والأظهر أن حكمه حكم الثوب الثالث؛ لأنه إن كان البيع الثانى فاسدًا، فالفساد يتناول العوض، ولا خلاف أن من باع ثوبًا بثوب على أنه سلف، فإن حكم الثوبين فى التراجع، والفوات سواء.

وإنما يختلفان فى القيمة على قول ابن القاسم، وإن كان العقد صحيحًا، وإنما ينقض

لتصحيح الثانى الذى دخلته الشبهة باجتماعهما، فهذا حكم الثوب الثانى، والله أعلم، وقد بسطت القول فيه فى شرح المدونة.

فصل: وقوله فى الثوب الثالث، وهو الذى دفعه البائع فى العقد الثانى: «**أنه يحكم له بحكم ما قارن بيعه سلفًا**»، فيه أيضًا نظر، وذلك أن تعلق الفساد به من وجهين، أحدهما: ما ذكرناه من البيع والسلف، وذلك أن البائع باعه من المشترى بخمسة دنانير، وأسلفه خمسة دنانير؛ ليقبض منه عشرة عند الأجل.

والثانى: أنه باع منه البائع هذا الثوب وخمسة دنانير نقدًا بالثوب الذى رد إليه المبتاع، وبالعشرة دنانير المؤجلة، فيدخله العرض بالعرض مع كل واحد منهما عين، وأحدهما: القيمة بالغة ما بلغت، والثانى: القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن؛ لأن البائع قد رضى به على أن يسلفه، وإن قلنا إنه ممنوع للوجه الآخر، ففيه القيمة بالغة ما بلغت.

فرع: إذا ثبت ما ذكرناه، ووقع شىء من هذه البياعات الممنوعات على هذا الوجه، فإن كانت السلعة لم تفت، فسخت البيعة الثانية، وصحت الأولى، قاله سحنون.

وقال غيره: تفسخ البيعتان جميعًا، ولا أن يصح أنهما لم يتعاملا على البيعة، إنما وجدها تباع، فابتاعها بأقل من الثمن، فهذا تفسخ البيعة الثانية، وتصح الأولى.

وجه ما قاله سحنون أن البيع الأول معقود على الصحة، وإنما أقام شبهة الفساد العقد الثانى، فإذا أمكن تسليم الأول منه خص بالنقض دون الأول.

ووجه الرواية الثانية أنه إنما حكمنا بالفساد فى ذلك لما أقمناهما مقام العقد الواحد فى ذلك، فإذا لم تعلم السلامة من ذلك، وجب فسخ العقود؛ لأنهما كالإيجاب والقبول فى عقد واحد.

فرع: وإن فاتت السلعة، فالمشهور من قول أصحابنا إبطال البيعتين جميعًا، وذلك إذا فاتت بعد القبض للسلعتين جميعًا، وإن هلكت بيد المبتاع قبل أن يقبضها البائع الأول، فالذى عندى أن البيع الثانى يبطل خاصة، ويثبت الأول، ولم أر فيه نصًا.

فأما إن فات بعد القبض بيد البائع الأول، فلا يخلو أن يكون الثمنان قبضًا، أو قبض أحدهما، أو لم يقبضا، فإن كان الثمن المعجل [......][1] .

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

وإن كان قبض، فقد قال ابن المواز: يرد المبتاع الأول على البائع الأول الثمن الذى قبض منه، ولم يذكر معجلاً ولا مؤجلاً ونحو ذلك. وذكر ابن عبدوس فى المجموعة: والذى عندى أنه يكون معجلاً أو إلى أجل أقرب من أجل الثمن الآخر.

وذكر شيوخنا الأندلسيون فى ذلك تفصيلاً، وهو أنه إذا باعه ثوبًا بعشرة مؤجلة، ثم اشتراه منه بخمسة معجلة، فقبض المبتاع الخمسة، وفات الثوب عند البائع الأول، فإنك تنظر إلى قيمة الثوب، فإن كان عشرة فصاعدًا، غرم البائع الأول للمبتاع الأول تمام القيمة يقاصه منها بخمسته التى قبض منه.

ووجه قول ابن المواز وابن عبدوس ما تقدم من أن العقد الثانى، وتعجيل الثمن فيه، أثبت الفساد، فإذا نقض زال موجب الفساد.

ووجه قول الأندلسيين أنه إذا كان قيمة الثوب عشرة فأكثر، ضعفت التهمة فى أنهما عملا على ذلك، فلم يفسخ إلا العقد الثانى؛ لأنه هو الذى ثبت به صورة الفساد دون معناه، وإن كانت قيمة الثوب أقل من العشرة، قويت التهمة فى أنهما عملا على ذلك، وكان للعقدين حكم العقد الواحد، فوجب أن يفسخ.

فرع: وإن قبض الثمنان معًا، وفاتت، فعلى قول ابن المواز وابن عبدوس: يلزم البائع الأول أن يرد إلى المبتاع الأول ما أخذ منه زيادة على ما أعطاه.

فصل: وهذا إذا كان البيع قبل تغير السلعة المبيعة، فأما إذا كان بعد تغيرها فى نفسها تغيرًا يحيل الأغراض فيها، فقد روى ابن القاسم، عن مالك، فى الدابة أو البعير يبتاعها بثمن إلى أجل، فيسافر عليها المبتاع السفر البعيد، فيأتى وقد أبغضها، فيبتاعها منه البائع بأقل من ذلك الثمن نقدًا: أنه لا بأس بذلك؛ لأنه لا يتهم فى مثل هذا.

وروى عنه أشهب: إذا حدث بها عور، أو عرج، أو قطع حتى يعلم أنهما لم يعملا على فسخ أنه لا يصلح هذا، ولا يؤتمن عليه أحد، وبه أخذ سحنون.

وجه رواية ابن القاسم أن الذرائع مبنية على قوة التهمة، والتهمة مرتفعة مع التغيير الشديد لاختلاف الأغراض، فصح ذلك بينهما.

ووجه رواية أشهب مراعاة المآل دون قوة التهمة. ورواية ابن القاسم أجرى على أصول المذهب، وبالله التوفيق، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان المبيع طعامًا، فباعه على الكيل بثمن إلى أجل، فلا يجوز بيعه قبل

استيفائه نقدًا ولا إلى أجل، وإنما تجوز فيه الإقالة والتولية، على ما يأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله.

فإن استوفاه، فباعه منه قبل أن يفترقا، فحكمه حكم الثوب يبيعه بثمن إلى أجل، ثم يبتاعه منه بالنقد، تجوز فيه السبعة الوجوه التى قدمنا ذكرها، ويبطل وجهان.

مسألة: فإن غاب عليه المبتاع، فالذى اتفق على منعه منه، وجهان، أحدهما: أن يشترى منه بأكثر من الطعام الأول. والثانى: أن يشترى منه بأقل من الثمن الأول نقدًا؛ لأنه إذا اشترى منه أكثر من الطعام الأول، فقد أسلفه طعامًا فى أكثر منه، وإن اشترى منه بأقل من الثمن الأول نقدًا، فقد أسلفه دنانير فى أكثر منها إلى أجل.

فرع: وأما إن باع منه أقل من كيل ذلك الطعام بأقل من ذلك الثمن مثل أنم يبيع منه مائة أردب بمائة دينار إلى شهر، ثم يشترى منه خمسين أردبًا بخمسين دينارًا نقدًا، فهذا لا يجوز لما قدمناه من الشراء بأقل من الثمن؛ لأنه يدخله أنه رد إليه الخمسين، وأخذ منه الخمسين أردبًا معجلة، وخمسين دينارًا معها؛ ليدفع إليه مائة دينار عند الأجل، وهذا بيع وسلف.

وإن كان بمثل الثمن، ففى المدونة عن مالك، فيمن باع طعامًا بثمن إلى أجل، فلما حل الأجل، أخذ منه أقل من ذلك الكيل بجميع ذلك الثمن: لا يعجبنى ذلك. وروى عيسى، عن ابن القاسم: لا بأس به.

وجه القول الأول أنه كره أن يدفع إليه مائة أردب، ويأخذ منه خمسين أردبًا بعد مدة، فتكون معه مائة إلى أجل بخمسين من جنس ذلك الطعام، وذلك غير جائز.

ووجه الرواية الثانية بعد التهمة فى مثل هذا.

فرع: ولا بأس أن يشترى منه مثل ذلك الكيل بمثل الثمن فأكثر نقدًا أو إلى أجل؛ لأنه يسلم فى الطعام من السلف للمنفعة، ويسلم فى العين من مثل ذلك أيضًا، وبالله تعالى التوفيق.

* * *

ما جاء فى مال المملوك

١٢٧٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، رضى

١٢٧٥ - أخرجه البخارى فى المساقاة ٢٣٧٩. مسلم فى البيوع ١٥٤٣. الترمذى فى البيوع ١٢٤٤. النسائى فى البيوع ٤٦٣٣، ٤٦٣٤. أبو داود فى البيوع ٣٤٣٣. ابن ماجه فى التجارات ٢٢١٠. البيهقى ٣٢٤/٥ عن عمر. أحمد ٩/٢ عن سالم، عن أبيه. البغوى بشرح=

الله عنه، قَالَ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا، وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»[1] .

الشرح: قوله: **«من باع عبدًا، وله مال»**، هذا يقتضى أن العبد يملك، وهو قول مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يملك العبد شيئًا.

ودليلنا على ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: **«من باع عبدًا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»**. ووجه الدليل أنه أضاف المال إلى العبد باللام، واللام تقتضى الملك، فإن قيل: لا نسلم أنها تقتضى الملك، بل تحتمل أن يراد بها اليد والتصرف، يقال: الولاية فى المال لفلان.

=السنة ١٠٣/٨ عن سالم، عن أبيه، وابن أبى شيبة ١١٢/٧ عن جابر. الطبرانى بالكبير ٢٨٥/١٢ عن ابن عمر، والحميدى برقم ٦١٣ سالم، عن أبيه.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٥/٨: اختلف نافع، وسالم فى رفع من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع وهو أحد الأحاديث الثلاثة التى رفعها سالم، وخالفه فيها نافع، عن ابن عمر، قال على بن المدينى: والقول فيها قول سالم وقد توبع سالم على ذلك.

أخبرنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، قال: حدثنا محمد بن عثمان بن ثابت الصيدلانى ببغداد، قال: حدثنا إسماعيل بن إسحاق، قال: حدثنا على بن المدينى، قال: خالف سالما نافع فى ثلاثة أحاديث رفعها سالم، وروى نافع منها اثنين، عن ابن عمر، عن عمر والثالث، عن ابن عمر، عن كعب أحدها «من باع عبدًا وله مال». الحديث رواه سالم، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، ورواه نافع، عن ابن عمر، عن عمر قوله كذلك رواه مالك، وعبيدالله بن عمر، ورواه أيوب، عن نافع، عن ابن عمر لم يتجاوزه، وقد روى عن أيوب كما رواه مالك سواء، والثانى «والناس كإبل: مائة لا تكاد تجد فيها راحلة». رواه سالم، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، كذلك روى الزهرى هذا الحديث والذى قبله، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، ورواه ابن عجلان، وغيره، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال عمر: الناس كإبل: مائة لا توجد فيها راحلة، والثالث حديث يحيى ابن أبى كثير، قال: حدثنى أبو قلابة، عن سالم، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، «فى قصة النار أنها تخرج فتحشر الناس». ورواه عبيدالله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، عن كعب قال: تخرج نار... الحديث.

قال أبو عمر: قد روى حديث: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع...» الحديث، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ، ولا يصح ذلك عند أهل العلم بالحديث، وإنما هو لنافع، عن ابن عمر، عن عمر، قوله: كذلك رواه الحفاظ من أصحاب نافع. منهم مالك، وعبيدالله بن عمر.

وقال السيوطى: قال النووى: ولا تضر رواية الوقف فى حجة الحديث المرفوع فإن سالما ثقة بل هو أجل من نافع فزيادته مقبولة قال: وقد أشار النسائى والدارقطنى إلى ترجيح رواية نافع وهذه إشارة مردودة. انظر: تنوير الحوالك ٤٧/٢.

ويحتمل أن يراد بها الاختصاص، يقال: الحركة للحجر، ويحتمل أن يراد بها النسب، يقال: الولد لزيد، ولا يدل شيء من ذلك على الملك.

فالجواب أن اللام متى قرن بها ما يملك، اقتضت الملك، وإنما تقتضي ما ذكرتم من اليد، والتصرف، والاختصاص، والنسب، إذا تعلقت بما لا يملك، والمال مما يملك.

فإذا قرن بها، حمل على الملك، إلا أن يعدل عن ذلك بدليل يدل إذا قال: هذا المال لزيد، فهم منه ملكه له، ويدل على ذلك أن بمثل هذه الإضافة، أضيف المال إلى البائع، فدل ذلك على ملكه له.

ووجه آخر من الحديث، وذلك أنه قال: «**إلا أن يشترطه المبتاع**»، فنفى حينئذ أن يكون للبائع، وأن يكون إذا اشترطه المبتاع مضمرًا غير مظهر، فاحتمل أن يكون للمبتاع، واحتمل أن يكون للغير.

والظاهر من الكلام أن المضمر في الكلام هو المظنون به في المستثنى منه، أن المال للعبد، فوجب أن يكون الضمير ينصرف إليه، فيكون معناه: إلا أن يشترطه المبتاع، فيكون لمن كان له قبل البيع، وهو العبد.

فصل: وقوله: «**فماله للبائع**» يريد والله أعلم، أن بمجرد البيع يزول ملكه عن المال، ويدخل في ملك البائع، فيكون بيده كالمال المستفاد؛ لأنه حينئذ يصح ملكه، فيثبت بذلك أن البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد؛ لأن له شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء، وكذلك لا يكمل ملك العبد، ولا يملك التصرف في ماله دون إذن سيده.

فإذا زال العبد عن ملكه بالبيع، تعلق به حق السيد، وحق العبد، ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة إلى التفرق، ولأن حق الانتزاع يبطل؛ لأن الإنسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره.

فلما لم يكن إبقاؤه على ما كان عليه أولاً، ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين، غلب حق السيد؛ لأنه يملك تفويته والتصرف فيه دون إذن العبد، والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون إذن السيد.

مسألة: إذا ثبت أن المبتاع يجوز له أن يشترط مال العبد، فإنه لا خلاف في جواز ذلك في نفس العقد؛ لأنه مقتضى لفظ الحديث في ذلك بقوله: «**إلا أن يشترطه**

المبتاع» ولا يوصف هذا بأنه شرط إلا أن يكون ذلك شرط فـي عقـد البيـع، وإلا كـان بيعًا مبتدأ للمال.

فإن لم يشترطه فى نفس العقد، ثم أراد أن يزيد البائع شيئًا ليلحق المـال بـالبيع، فقـد اختلف أصحابنا فيه، وروى أشهب، عـن مـالك: أن ذلـك غـير جـائز، وبـه أخـذ ابـن وهب وأشهب وابن عبد الحكم.

وروى عن مالك وأشهب: أن ذلك جائز، وبه أخـذ ابـن القاسـم مـن روايـة عيسـى عنه. قال ابن القاسم: وإن كان ماله عينًا، فاشتراه بعين، وأما إن كان عرضًا، فليس فيـه كلام. وروى أصبغ وأبو زيد، عن ابن القاسم: إن كان ذلك بحضرة البيع، وقربـه، فهـو أمر جائز، وإلا لم يجز.

وجه رواية المنع أن العبد لما بيع دون اشتراط المال، خـرج المـال عـن ملـك العبـد إلى ملك السيد، فلا يجوز إلحاقه بالعقد؛ لأنه قد ثبت له حكم لو كـان ثابتـا حـين البيـع لمـا جاز للمبتاع اشتراطه، وهو كونه ملكًا.

ووجه رواية ابن القاسم أن المبتاع لا يشترط المـال لنفسـه، وإنمـا يشـترطه ليعيـده إلى ملك العبد، بمنزلة أن يدفع إلى العبد دنانير، وأن يعطى هذا العبد مالاً، فإن ذلك جائز.

ووجه آخر، وهو أن ما جاز أن يكون تبعًا فى العقد، جاز أن يكون تبعًا بعد العقـد، كالثمرة المأبورة، ولا يلزم هـذا مالكًـا ولا ابـن وهـب ولا ابـن عبـد الحكـم؛ لأنهـم لا يجيزون ذلك فى الثمرة، وإنما يلزم ذلك أشهب، فإنه يجيزه فى الثمرة.

والفرق بينهما أن الثمرة يجوز أن تكون تبعًا للأصل حين العقد، وهـى ملـك للبـائع، ومال العبد لو كان ملكًا للبائع حين العقـد لمـا كـان تبعًـا للعبـد، فكذلـك إذا انتقـل إلى البائع بالعقد.

فرع: وأما معنى القرب والبعد على رواية أبى زيد وأصبغ، ففى المبسـوط: أن معنـى القرب أن لا يدخل المال زيادة ولا نقـص، وأمـا إن دخلـه نقـص أو زيـادة، فقـد بعـد، وامتنع إلحاقه بالعقد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا حدث للعبد مال فى مـدة العهـدة أو الخيـار، وقـد اشـترط المبتـاع مـال العبد، فهو للعبد بأى وجه كان، وإن لم يشترطه المبتاع، فهـو للبـائع بـأى وجـه كـان، ذكر ذلك عيسى، عن ابن القاسم.

مسألة: وهل يجوز أن يشترط بعض مال العبد أو لا؟ روى ابن حبيب، عن مالك: أن ذلك غير جائز. وروى عن أشهب إجازته حين العقد وبعده.

ووجه القول الأول أن ما تبع المبيع فى البيع لا يجوز أن يشترط اتباع بعضه. أصل ذلك ما تبعه بالشرع، ومقتضى العقد، وهو ثمرة مأبورة أو غير مأبورة فى أصل المبيع.

ووجه القول الثانى أن هذا المال يثبت بعقد البيع، فجاز أن يستحق بعضه كالثياب يجوز شراء جميعها، وشراء بعضها.

مسألة: وهذا إذا كان العبد جميعه للبائع، فإن كان له بعضه، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون الباقى لغيره. والثانى: أن يكون حرًّا.

فإن كان رقيقًا لغيره، لم يحل أن يبيع حصة من شريكه أو من أجنبى، فإن باعها من شريكه، فلا يجوز بيعه منه على الإطلاق؛ لأن الإطلاق فى العقد يقتضى أن يكون له من مال العبد بقدر ما له فى العبد، ولا يجوز له انتزاعه إلا بإذن الشريك، والإذن معدوم.

فإن اشترطه البائع، فقد قال سحنون: هو جائز، وهو كالمقاسمة، وهو قول صحيح؛ لأن رضا المبتاع بالشرط إذن له فى انتزاع حصته من المال، وذلك غير جائز على المشهور من المذهب، فإن اشترطه المبتاع، فأما على قول ابن القاسم فى تجويزه للمبتاع اشتراط مال العبد، فجوازه ظاهر.

وأما على قول أشهب فى المنع من ذلك، فإنه يحتمل وجهين، أحدهما: أن ذلك غير جائز؛ لأنه استثناء لبعض مال العبد. والثانى: أنه لا يجوز؛ لأنه لم يبق بيد البائع ما يكون به المبتاع مستثنيًا لبعض المال، بل قد استثنى جميع ما كان للبائع منه.

مسألة: فإن باعه من غير شريكه، فاشترطه البائع، أو أطلق العقد، لم يجز، رواه أشهب، عن مالك وعيسى، عن ابن القاسم؛ لأن اشتراط البائع له يقتضى انتزاعه، ولا يجوز ذلك إلا بإذن شريكه، ولم يوجد الإذن والإطلاق فى العقد يقتضى ما يقتضيه هذا الشرط.

فإن اشترطه المبتاع، فأما على قول من يجيز اشتراط المبتاع بعض المال، فهو ظاهر. وأما على قول من لا يجيزه، فقد روى عيسى، عن مالك تجويزه.

ووجه ذلك أن المبتاع قد شرط جميع ما تعلق به حق البائع من المال، فكان ذلك جائزًا كما لو كان العبد له، فاشترط جميع ماله.

مسألة: وإن كان النصف الثانى حرًّا، فعندى أنه لا يجوز بيعه على الإطلاق، ولا يشترط كون المال للبائع؛ لأنه لا يملك انتزاع مال من فيه جزء من الحرية، ويجوز بيعه بشرط المال بيد العبد؛ لأن ذلك ينفى انتزاع شىء من المال.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الْمُبْتَاعَ إِن اشْتَرَطَ مَالَ الْعَبْدِ، فَهُوَ لَهُ، نَقْدًا كَانَ أَوْ دَيْنًا أَوْ عَرْضًا، يُعْلَمُ أَوْ لا يُعْلَمُ، وَإِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ مِنَ الْمَالِ أَكْثَرُ مِمَّا اشْتَرَى بِهِ كَانَ ثَمَنُهُ نَقْدًا أَوْ دَيْنًا أَوْ عَرْضًا، وَذَلِكَ أَنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ عَلَى سَيِّدِهِ فِيهِ زَكَاةٌ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْعَبْدِ جَارِيَةٌ اسْتَحَلَّ فَرْجَهَا بِمِلْكِهِ إِيَّاهَا، وَإِنْ عَتَقَ الْعَبْدُ أَوْ كَاتَبَ، تَبِعَهُ مَالُهُ، وَإِنْ أَفْلَسَ، أَخَذَ الْغُرَمَاءُ مَالَهُ، وَلَمْ يُتْبَعْ سَيِّدُهُ بِشَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ(١).

الشرح: وهذا كما قال أن المبتاع إذا اشترط مال العبد، فهو له، يريد أنه للعبد، ويصح أن يرجع الضمير للمبتاع، فيريد أن له ما شرط، والذى شرط أن يكون المال للعبد، ويبقى على ملكه بحسب ما كان قبل ابتياعه.

ولو كان البائع قد انتزع المال، واشترطه المبتاع، لكان قد اشترى عبدًا ومالاً، فيفسد بالجهل والتفاضل فيما لا يجوز التفاضل فيه، يبين ذلك ما رواه أصبغ، عن ابن القاسم فى العتبية، فى الذى يبيع العبد، ويقول: ماله مائة دينار أوفيكها، لا يجوز. قال ابن أبى زيد: والثمن عين.

وجه ذلك أنه لما التزم التوفية، كان ذلك مالاً متبرعًا به يدفعه البائع إلى المبتاع.

فصل: وقوله: «**نقدًا، أو دينًا، أو عرضًا، يعلم أو لا يعلم، وإن كان للعبد مال أكثر مما اشترى به**»، يريد أن اشتراط المبتاع هذا المال لا يفسد العقد، بأن يكون المال المشترط عينًا أكثر مما اشترى به من العين.

أو يكون دينًا مؤجلاً، فيشترى بالدين أو بالنقد، أو يكون المشترط من المال مجهولاً عند المبتاعين أو أحدهما؛ لأن ما اشترط من ذلك ليس بعوض فى البيع، فيؤثر فيه الفساد بشىء مما ذكرنا؛ لأن المبتاع لم يشترطه لنفسه، وإنما اشترط بقاءه على ملك العبد، فليس بعوض فى البيع.

استدل مالك، رحمه الله، على ذلك بأن قال: وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة، وإن كان للعبد جارية استحل فرجها بملكه إياها.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٢/١٩.

فأما الفصل الأول، فهو أنه لا زكاة على السيد فى مال العبد، فقد خالفنا فى ذلك من يخالفنا فى ملكه، وقد تقدم ذلك فى كتاب الزكاة. وأما الفصل الثانى، وهو أن العبد يستبيح وطء أمته بملك يمينه، فهو فصل صحيح، وذاك أنه لا يستباح الوطء إلا بأحد أمرين، نكاح، أو ملك يمين.

فإذا لم يكن للعبد فى أمته نكاح، لم يبق إلا أن يستبيح وطأها بملك اليمين، لا خلاف فى جواز ذلك، فيثبت بذلك ملكه لها، وإذا صح ملكه للإماء، صح ملكه لغير ذلك من الأموال؛ لأن أحدًا لم يفرق بينهما.

فصل: وقوله: «**وإن أعتق العبد أو كاتب، تبعه ماله**»، يريد أن ماله يتبعه بإطلاق العتق دون اشتراطه، بخلاف البيع.

وذلك أن زوال ملك السيد عن العبد على أربعة أوجه، أحدها: المعاوضة، كالبيع والنكاح، ففى هذا لا يتبعه المال إلا بالشرط، وبه قال مالك والنخعى والليث خلافًا للحسن البصرى والزهرى فى قولهما: إن المال تبع للعبد فى البيع.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وهو قوله ﷺ: «فمن باع عبدًا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»[٢] .

والوجه الثانى: العتق، وما فى معناه من العقود التى تقضى إلى العتق، وتسقط النفقة عن السيد، كالكتابة، ففى هذا المال يتبع العبد، إلا أن يشترطه السيد. وقال أبو حنيفة والشافعى: هو للسيد فى العتق.

والدليل على ما نقوله أن الكتابة لما كانت تفضى إلى العتق، ملك المعتق بها ماله، فبأن يملكها بالعتق أولى وأحرى.

والوجه الثالث: الجناية، فإن المال يتبع فيها الرقبة، وينتقل بانتقالها، وسيأتى تفسيره فى الجنايات، إن شاء الله تعالى.

والوجه الرابع: الهبة والصدقة، فقد اختلف أصحابنا فيها، فقال بعضهم: يتبع المال العبد؛ لأنه منتقل عن ملك سيده بغير معاوضة، فأشبه انتقاله بالعين. وقال بعضهم: يتبع ماله، والمال للواهب؛ لأنه منتقل عنه باختياره إلى مالك، فلم يتبعه ماله، كالبيع.

فصل: وقوله: «**فإن أفلس، أخذ الغرماء ماله**»، وذلك أن فلس العبد يكون بأن يأذن

---

(٢) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٢٧٥.

له سيده فى التجارة، فيستغرق الدين ماله، فإن الغرماء يأخذون ماله، ولا حق لهم من ذلك قبل سيده، ولا فى رقبته؛ لأنه إنما تناول إذنه له فى التجارة ما بيده من المال، ومبايعته إنما تقتضى تعلق الدين بذمته دون خدمة سيده ودون رقبته.

* * *

ما جاء فى العهدة

١٢٧٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أَنَّ أَبَانَ بْنَ عُثْمَانَ وَهِشَامَ بْنَ إِسْمَاعِيلَ كَانَا يَذْكُرَانِ فِى خُطْبَتِهِمَا عُهْدَةَ الرَّقِيقِ فِى الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ مِنْ حِينِ يُشْتَرَى الْعَبْدُ أَوِ الْوَلِيدَةُ وَعُهْدَةَ السَّنَةِ.

قال مالك: مَا أَصَابَ الْعَبْدُ أَوِ الْوَلِيدَةُ فِى الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ مِنْ حِينِ يُشْتَرَيَانِ حَتَّى تَنْقَضِىَ الأَيَّامُ الثَّلاثَةُ، فَهُوَ مِنَ الْبَائِعِ، وَإِنَّ عُهْدَةَ السَّنَةِ مِنَ الْجُنُونِ والبرص والجذام فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ، فَقَدْ بَرِئَ الْبَائِعُ مِنَ الْعُهْدَةِ كُلِّهَا.

الشرح: قوله: «**إن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران فى خطبتهما عهدة الرقيق**»، يريد أنها من الأمور المشهورة المعمول بها التى كان الأمراء يهتمون بها، ويجعلونها من أوكد اللوازم، حتى كادوا يدخلون ذلك فى الخطب؛ لئلا يخفى على أحد ممن قرب من المدينة، ولا بعد عنها؛ لأن المدينة كانت لا تنفك عن قادم عليها من جميع الآفاق.

وكانوا يحصرون الجمع، وأوقات الخطب، فيسمعون تكرر ذلك فى الخطب من الأمراء، أو ممن يرجع إلى قولهم، ويمتثل أمرهم، ثم لا ينكر ذلك عليهم منكر، ولا ينهاهم عنه ناه، لكونه سابقًا معمولاً به عند الأئمة من أهل المدينة الذين يؤخذ عنهم العلم، وإليهم كان يرجع فيما اختلف فيه منه، ولأن أمير المدينة، لم يكن يدخل ذلك فى خطبته إلا بعد مشاورة أهل العلم.

فصل: وقوله: «**عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة**» إلى آخر الحديث فيه ستة أبواب، الأول منها: فى تفسير معنى العهدة، وتبيين أحكامها وعددها. والباب الثانى: فى محل الحكم بها من البلاد. والباب الثالث: فى محل ثبوتها من المبيع. والباب الرابع: فى محل

١٢٧٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٧.

ثبوتها من العقود. والباب الخامس: فى مقتضى ذكرها. والباب السادس: فى حكم العوض منها فى تعجيل أو تأخير.

* * *

الباب الأول فى تفسير معنى العهدة

معناها تعليق المبيع بضمان البائع، وكونه مما يدركه من النقص على وجه مخصوص، مدة معلومة، وذلك أن البيع فيما فيه العهدة لازم لا خيار فيه، ولكنه مترقب مراعى.

فإن سلم فى مدة العهدة، علم لزومه للمبتاع والبائع جميعًا، وإن أصابه نقص، علم لزومه للبائع، وثبت الخيار للمبتاع فى إمضائه أو رده، كعيب دلس به البائع، لا يعلم براءته من التدليس بالعيب الذى ظهر فى مدة العهدة.

وهى مضافة إلى ملكه لما تعلقت التهمة به من التدليس، وهى مغلبة على تجويز براءته، ولذلك حكمنا عليه بالرد بالعيب إذا وجد فى مدة ملكه، وإن كنا لا نعلم أنه دلس به.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبيع الذى ثبت فيه العهدة على ضربين، أحدهما: فيه استبراء ومواضعة، وسيأتى ذكره. والثانى: ليس فيه استبراء ولا مواضعة، وله عهدتان، ولكل واحدة منهما أحكام خاصة بها.

وأما العهدة الأولى، فهى ثلاثة أيام، هذا مذهب أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم، ومنع أبو حنيفة والشافعى ثبوت هذه العهدة، اشترط ذلك المشترى أو لم يشترط.

واستدل أصحابنا فى ذلك بما رواه قتادة، عن الحسن، عن عقبة بن عامر، أن النبى ﷺ قال: «عهدة الرقيق ثلاث ليال»(*). وروى قتادة، عن الحسن، عن سمرة، قال: قال النبى ﷺ: «عهدة الرقيق ثلاث»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أن الرقيق يمكنه الإفهام والإخبار عما يجده من أسباب المرض، ومقدمات العلل، فيتبعه سيده لذلك قبل أن يتبين مرضه، فحكم فيه بالعهدة، ليتبين أمره، ويتضح حاله.

(*) أخرجه من طريقه أبو داود حديث رقم ٣٠٥٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٦٩٠٦، ١٦٩٣٣، ١٦٩٣٤، الدارمى حديث رقم ٢٥٥١، ٢٥٥٢.

(*) أخرجه من طريقه ابن ماجه حديث رقم ٢٢٤٤.

ووجه آخر، وهو أن هذا وجه احتياط، لا يتعلق بالتدليس، ويقتضى الاختلاف فى البيوع والتخاصم، فجاز أن يعتبر فيه بثلاثة أيام. أصل ذلك المصراة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فأول هذه الأيام الثلاثة من يوم عقد البيع، إن كان البيع لازمًا، وإن كان بالخيار، فمن يوم يحكم بلزوم العقد، وإنما يحسب فيها باليوم الكامل.

فإن كان البيع قبل الفجر، احتسب بما بعده من الأيام، وإن كان البيع فى بعض النهار، فقد روى ابن القاسم، عن مالك فى كتاب محمد: إن كان البيع نصف النهار، لم يحتسب بذلك اليوم، وهذا القول مشهور لابن القاسم فى العقيقة، ومدة مقام المسافر فى المصر.

وأما سحنون، فيقول: إنما يراعى المقصود من المدة، وتلفق أبعاض الأيام، فيحتسب فى المقام فى المصر بعشرين صلاة، ويجىء على هذا أن تلفق أبعاض الأيام فى العهدة.

وجه ما قاله ابن القاسم، ورواه عن مالك، التعلق بلفظ الحديث فى عهدة الرقيق ثلاث، وذلك لا ينطلق على الساعات وأبعاض الأيام.

ومن جهة المعنى أن المعتبر في ذلك ثبوت حمى الربع، وقد تقدم فى اليوم الثالث ويتأخر، فيجب استيفاء اليوم، لتعلم السلامة منه.

ووجه ما يقتضيه قول سحنون أنهم يراعون فى ذلك أقصى مدة أدواء الأمراض المعينة المعتادة، وهى حمى الربع، وتبعيض الأيام فيها مشاهد، وكمالها غير معتاد، فإذا كان ذلك الأصل فى معنى العهدة، وجب أن تكون أيامها سنة على ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك أن العهدة من وقت لزوم البيع، فسواء قبض المبتاع الجارية المبيعة أو لم يقبضها، فإن كانت غائبة غيبة بعيدة تقتضى أن تكون من البائع، فإن عهدة الثلاث من البائع.

فإذا انقضت، نفى ضمان الغيبة البعيدة كما تنتفى نفقة ضمان الاستبراء بعد انقضاء عهدة الثلاث على أحد قولى مال، وهو قوله: إن ضمان العبد المبتاع المعين من البائع، حتى يقبضه المبتاع، وإن لم يمسكه بالثمن. وقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: أنه لا عهدة فى العبد المبيع نصفه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عهدة الرقيق فى هذه الثلاثة الأيام لاحقة للبائع بأى وجه، أصابه نقص أو هلاك، مما يعلم أنه حادث أو لا يعلم، وذلك أنه لما كان أحوال الضمان عليه أغلب وأكثر، أجرى جميعه مجرى غالبه.

وسواء كان ما حدث به من العيب نقص فـي جسـده أو عيـب يختـص بنقـص ثمنـه كالإباق والسرقة والشرب والزنا، فإن ذلك كله يثبت الخيار للمبتـاع عنـد ابـن القاسـم وابن الماجشون.

ووجه ذلك أن هذا عيب لو كان بالمبيع قبل البيع، لكان للمبتاع الرد به، فإذا حـدث في عهدة الثلاث كان له الرد به كالنقص في الجسد.

مسألة: فإن ذهب شيء من العيوب الجارية قبل أن يرد المبتاع، بطـل خيـاره مثـل أن يظهر بعينه رماض، فيذهب، وذلك فيما لا تنتفي عودته.

فأما ما تعتاد عودته كالحمى ونحوها، فإن سحنونًا قال: لـه الـرد الآن؛ لأنـه لا يـأمن العودة، سواء رفعه إلى الحاكم حين أصابته الحمى، أو لم يرفعه. وقال أشـهب: لا يعلـم ذهابها، فإن عاودته في القرب رد، وإن كان بعد الثلاث.

وجه قول سحنون أن ذهابها ليس ببرء، فلا يسقط الخيار.

ووجه قول أشهب أنه على صـورة البـرء، ويحتمـل المعـاودة، فيجـب التوقيـف حتـى يعلم على أي الوجهين كان ردها به.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن طرأ على العبد أو الأمة أمـر، فأشـكل وقـت حدوثـه، فلـم يدر أفي العهدة أو بعدها، فمذهب ابن القاسم في العبد يأبق في العهدة، وقد تبرأ بائعـه بالإباق، فلم يعلم صحته، ولا هلاكه، إن ذلـك مـن المبتـاع حتـى يعلـم أنـه أصابـه فـي العهدة. وروى ابن نافع، عن مالك: أن ذلك من البائع حتى يعلم أنه سلم في العهدة.

وجه قول ابن القاسم أن الأصل السلامة، ولم يتيقن منه في العهدة أكثر مـن الإبـاق الذي تبرأ منه، فلا يلزمه الضمان إلا بتيقن سلامته في عهدة الثلاث.

فرع: وعلى البائع نفقة العبد وكسوته ومؤنته في عهدة الثـلاث؛ لأنهـا مـرة تلحقـه بملكه في الضمان العام، فلزمه فيها النفقة والمؤنة كمدة الخيار.

مسألة: وللمبتاع أن يسقط العهدة بعـد ثبـوت العقـد، ويسـقط عـن البـائع الضمـان والنفقة، ويبرم العقد، فإن لم يسقط العهدة، ولكنه أحـدث فـي العبـد مـا يمنـع رده، أو يقتضي الرضا به كالعتق، ثم حدث عيب فـي عهـدة الثـلاث، ففـي كتـاب ابـن المـواز: تسقط بقية العهدة. وقال أصبغ وسحنون: العهـدة ثابتـة، وينفـذ العتـق، ويرجـع بقيمـة العيب.

وروى ابن حبيب، عن ابن القاسم فى عهدة السنة ثلاثة أقوال، اثنان مثل القولين المتقدمين. والثالث: يرد العتق، وهذا فى عهدة الثلاث أولى.

ووجه الرواية الأولى أن هذا عيب حدث بعد العتق، فلم يكن له الرجوع به كالعيب يحدث بعد العتق، وفى غير عهدة الثلاث.

ووجه الرواية الثانية أن تمام البيع وانبرامه مراعى بسلامة العبد فى مدة العهدة، فإذا حدث فى العهدة عيب، تبين أن العقد لم ينبرم، فيثبت له الرجوع؛ لأنه كعيب حدث عند البائع أو فى مدة الخيار، ولا يمنع من ذلك العتق؛ لأنه بمنزلة أن يعتق عبدًا اشتراه، ثم يطلع بعد العتق على عيب قديم.

ووجه الرواية الثالثة أن العقد لما كان مراعى وموقوفًا على السلامة، وكذلك العتق، فإذا دخل فيه الخيار لحدوث العيب، بطل العتق؛ لأنه عتق لم يصادف ملك المعتق.

فصل: وأما العهدة الثانية، وهى عهدة السنة، فتختص بثلاثة أدواء: الجنون والجذام والبرص، فكل ما ظهر فى هذه المدة من هذه الأدواء، فهو من البائع، هذا مذهب مالك وجماعة أهل المدينة. وقال أبو حنيفة والشافعى: ذلك كله من المبتاع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالجنون الذى يجب به الرد، هو ذهاب العقل من مس الشيطان، على هذا جمهور أصحابنا، مدنيهم ومصريهم، إلا ابن وهب، فإنه قال: بأى وجه زال عقله فى السنة، من ضربة أو غيرها، فهو من البائع.

ووجه الرواية الأولى أن السنة إنما جعلت مدة لهذه العهدة من الأدواء الثلاثة؛ لما كانت أدواء توجد أسبابها، ويتأخر وجودها، وبذلك فارقت سائر الأدواء، وذهاب العقل بضربة أو معنى طارئ معلوم أن سببه لم يكن موجودًا حين التبايع، فلم يلزم البائع الضمان.

ووجه الرواية الثانية أن هذا ذهاب عقل فى عهدة السنة، فلزم به الرد كما لو كان عن جنون.

مسألة: فإن ذهب بالعبد بهق أو حمرة أو جرب مفرط حتى يقبح منظره، لم يرد بشىء من ذلك، إلا الجذام والبرص؛ لأن هذه الأدواء التى لا يبرأ منها فى الغالب، وينعدم أسبابها، تذهب معظم ثمن المبيع، والحمرة والجرب والبهق معان يبرأ منها غالبًا، فأشبهت سائر الأمراض.

مسألة: فإن ظهر به جنون أو جذام أو برص بين، ثم ذهب قبل الرد، فقال مالك فى المجنون: يرد. وقال ابن حبيب فى ذلك كله: يرد؛ لأن ذلك كله لا تؤمن عودته كالجنون، ولأن هذه الأدواء لا يكاد يُبرأ منها، فإن ظهر بعض البرء، فإن سببه كامن، فيجب به الرد.

مسألة: والذى يرد به من هذه العيوب عند ابن القاسم ما ظهر وتيقن فى مدة السنة أو تيقن سببه فى السنة، وعلم أنه لا يظهر إلا بعد السنة، فلا يرد به، وتابعه على ذلك ابن كنانة.

قال ابن وهب وأشهب وابن الماجشون: يرد بما تيقن بعد السنة إذا شك فيه قبل انقضائها. وقال ابن المواز: إذا تيقن سببه فى السنة، وعلم أنه لا يظهر إلا بعد السنة، رد بذلك.

وجه قول ابن القاسم أن السنة حد لظهور هذا المعنى لجواز أن تكون أسباب هذا المرض قد اطلع عليها البائع، وكانت من الأمراض التى تطرأ مما لا صنع فيها للبائع.

ووجه القول الثانى أن الضمان إنما لزم بالعهدة لأجل التدليس، ألا ترى أن العبد إذا جنى عليه فى عهدة الثلاث أن ذلك لم يكن مما دلس به البائع، ومع هذا فقد لزمه ضمانه.

مسألة: والنفقة والمؤنة فى عهدة السنة على المبتاع. ووجه ذلك أن ما يرد فيها هذه الأدواء الثلاثة يتوقع وجود أسبابها قبل البيع، وهى زيادة، فلم يلزمه ضمان ما يحدث، ويتكرر بتوقع ما يقل ويندر، وإذا لم يلزمه الضمان على العموم لم تلزمه النفقة، ولم تكن له غلة.

والأصل فى ذلك ما رواه مخلد بن خلاد، عن عروة، عن عائشة، قالت: قضى رسول الله ﷺ أن الخراج بالضمان. وهذا الحديث وإن لم يشترط الصحة من وجه الإسناد، فقد تعلق به جمهور الفقهاء.

مسألة: وهل تدخل عهدة الثلاث فى عهدة السنة أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، روى عنه أشهب وابن القاسم: أن ابتداء السنة بعد انقضاء الثلاث، وبعد انقضاء الاستبراء فيما فيه الاستبراء. وروى ابن حبيب عنه: أن ذلك داخل فى السنة، وأن السنة من يوم التبايع.

ووجه رواية ابن القاسم أن العهدتين متنافيتان، وأحكامهما مختلفة، فوجب أن لا يتداخلا، وإنما يتداخل من المدد ما تتفق أحكامها.

ووجه رواية ابن حبيب أن المدتين لازمتان بإطلاق العقد لا تفتقر واحدة منهما إلى تعيين مدتها، فيكون أولهما يوم البيع.

* * *

الباب الثانى فى محل الحكم بها من البلاد

أما محل العهدة من البلاد، فاختلف أصحاب مالك فى ذلك، فقال ابن حبيب: قال المصريون من أصحاب مالك: لا تلزم عهدة الثلاث أهل بلد حتى يحملهم السلطان عليها، ومثل ذلك روى عن ابن القاسم، عن مالك.

قال ابن حبيب: وروى المدنيون عن مالك: يقضى بها بكل بلد، وإن لم يعرفها أهله، وعلى الإمام أن يحدثها، ويحكم بها على من عرفها وجهلها قبل التقدم فيها وبعده.

وجه رواية المصريين أن العرف جار بذلك بالمدينة على ما تقدم، ولما كان له وجه من وجوه الصحة حمل عليه حيث العرف به دون غيره من البلاد.

ووجه رواية المدنيين أن ذلك من مقتضى العقد؛ لأنه من تمام التسليم. وفى هذا الباب معنى آخر يحتاج إلى تبيينه، وذلك أن اشتراط الضمان المتفق على محله مفسد للعقد لمن شرط على البائع ضمان المبيع بعد قبضه.

فإن كان محل الضمان مختلفًا فيه، فلابد مع ذلك أن يكون له عرف أو لا يكون له عرف، فإن كان له عرف، جاز نقله بالشرط كبيع الأعيان الغائبة، واشتراط ضمانها من غير ما يقتضيه العقد.

وإن كان ثم عرف يوافق مقتضى العقد عن القابل بذلك، فلا يجوز اشتراط نقله، فإن شرط نقله فى عقد بيع عما يقتضيه العرف، صح العقد، وبطل الشرط.

وإن كان الشرط بخلاف مقتضى العقد، فشرط نقله إلى ما يقتضيه العقد، صح العقد والشرط، وإن شرط نقله عما يقتضيه العقد إلى العرف، فإن كان للعرف وجه صحيح، صح العقد والشرط، وإن لم يكن وجه صحيح، بطل العقد وصح الشرط.

فعلى هذا إن شرط فى غير بلاد العهدة، العهدة، فعلى قول المصريين يثبت العقد

ويبطل الشرط؛ لأنه شرط ما يخالف مقتضى العقد والشرط جميعًا؛ لأنه شرط مقتضى العقد دون العرف، فإن شرط البراءة بالمدينة، فعلى قول المصريين يثبت الشرط والعقد، وعلى قول المدنيين يبطل الشرط، ويثبت العقد.

فرع: فإذا قلنا برواية المصريين، فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة على العهدة أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، روى عنه ابن القاسم: وددت أن الناس يحملون على ذلك. وروى عنه أشهب: لا يحمل أهل الآفاق على العهدة، وليتركوا على حالهم.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا معنى له وجه احتياط فى بياعات الرقيق، وتجوز ما كثر من تدليس الناس فيه، فوجب أن يحمل الناس عليه كنصب المكيال والموازين، ومنع كسر الدنانير والدراهم.

ووجه رواية أشهب أن عرف البلاد إذا وافقه مقتضى العقد، لم يجز تغيير حكمه، وهذا على رواية المصريين.

* * *

الباب الثالث فى محل ثبوتها من المبيع

أما محل العهدة من المبيع، فهو فى الرقيق خاصة، والفرقة بينه وبين سائر المبيعات ما ذكرناه من أن له تمييزًا تكتم به عيوبه، فجعلت العهدة باختبار حاله وتبين أمره، هذا الذى حكاه القاضى أبو محمد، عن أبى بكر بن الجهم، وهذا ضد ما يحتاج إليه؛ لأن هذا دليل على جواز البيع بالبراءة.

والصحيح عندى ما ذكره غيره من أن للرقيق أفهامًا تخبر عن أسباب أمراضه التى يجدها قبل ظهورها عليه، فيكون كتمان السيد لما أخبره به من أسباب أمراضه تدليسًا يقوم مقام تدليسه بما ظهر عليه من عيوبه؛ لأن خيار الرد بالعيب إنما يثبت حيث يختلف حال البائع والمبتاع فى المعرفة بالعيب.

فإذا استوت حالهما فى ذلك، بطل الخيار، فلما كان سائر الحيوان والمبيعات لا يمكنه الإخبار عما يجد من أوائل الأمراض، وأسبابها، ومباديها فى باطن جسمه، استوت حال البائع والمبتاع فى ذلك، فلم يكن للمبتاع الرد بالعيب.

ولذلك لما كانت أدواء الحيوان والجذام تتقدم بالمدة الطويلة، وتظهر باختلاف الفصول والأزمنة كانت العهدة فيها سنة لاستيفاء جميع الفصول والأزمنة، ولما كانت سائر الأدواء لا تتقدم أسبابها بأكثر من ثلاثة أيام كان ذلك المقدار عهدتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن هذا حكم من لا يعقل من الصبيان، ولا يمكنه الإخبار عما يجد من أسباب المرض؛ لأننا إنما عللنا للجنس دون أعيانه، ولم نفرق بين من يتأتى ذلك منه وبين من لا يتأتى؛ لأنه لا يمكننا تمييز وقت إمكانه من وقت تعذره، فوجب أن يحكم جميعه حكم ما يمكن ذلك فيه، ولذلك جعلنا عدة الوفاة وحكم الإحداد على الصغيرة؛ لما تعذر علينا تمييز الصغر من الكبر.

مسألة: عهدة الثلاث لازمة فى الأمة الرائعة التى تجب فيها المواضعة، إلا أنها داخلة فى جملة الاستبراء، إن استغرقها أمر الاستبراء؛ لما كان حكم عهدة الثلاث حكمه، فإن ذهب الاستبراء جملة، ولم يثبت كاستبراء الأمة الحامل أو شراء الرجل زوجته، فعهدة الثلاث فيها ثابتة ظاهرة لتعريها عن أحكام المواضعة، وكذلك التى تشترى فى عظم دمها.

* * *

الباب الرابع فى محل العهدة من العقود

أما محل العهدة من العقود وتمييز ما تثبت فيه العهدة منها مما لا تثبت، فإن ما يتعاوض به من الرقيق على ضربين، معين، وثابت فى الذمة موصوف، فأما المعين، فإن المعاوضة به على ضربين، أحدهما: أن يكون العقد مبنيًا على المغابنة والمكايسة كالبيع. والثاني: أن يكون مبنيًا على المكارمة.

فأما البيع: فإنه لا يخلو أن يكون بيع براءة أو بيعًا مطلقًا، فإن كان بيع براءة، فقد قال ابن كنانة فى المدنية: ومن اشترى رقيقًا من أهل الميراث، فإنه بيع براءة، ولا عهدة لمشتريه، لا عهدة ثلاث، ولا عهدة سنة، وضمانها من أهل الميراث فى عدة الاستبراء، إن كانت من عليِّ الرقيق، ورواه ابن القاسم، عن مالك: وإن كان بيعًا مطلقًا، فقد ثبت فيه العهدة على ما قدمناه.

مسألة: وأما إن كان مبنيًا على المكارمة كعقدة النكاح، فاختلف فيه قول مالك فى كتاب ابن المواز، فقال مرة: فيه العهدة، وبه قال أشهب. وقال مرة: لا عهدة فيه، وقاله سحنون.

فوجه قوله بثبوت العهدة أنه عقد معاوضة، فكان حكم العهدة ثابتًا كالبيع.

ووجه القول الثانى أن النكاح يقتضى استباحة الاستمتاع حين العهدة، ولا يجوز فى عهدة الثلاث قبض العوض الذى هو البضع، فلو ثبتت العهدة فى النكاح بالرقيق،

لوجب أن يبطل النكاح لتعذر استباحة الاستمتاع حين العقد أو لاقتضاء العوض، قبل انقضاء عهدة الثلاث.

وقد أجمعنا على صحة النكاح بالرقيق، فثبت بذلك أن لا عهدة فيهم، وهذا التعليل يقتضى أن لا عهدة فى غير مخالع به؛ لأن عوضه يحصل بنفس العقد، وذلك ينفى العهدة، وقد قاله سحنون فى العبد المخالع به، والمصالح به.

مسألة: وأما الإقالة والشركة والتولية والسلف، فقال ابن حبيب: لا إقالة فى عهدة ولا سلف، ورواه ابن المواز، عن أصبغ. وقال سحنون: لا عهدة فيما سلف من الرقيق، فكأنه قصر هذا الحكم على ابتداء الغرض لا على قضائه.

ووجه ذلك أنه عقد مبنى على المكارمة كعقد النكاح.

وقد روى ابن حبيب، عن ابن الماجشون: أنه لا عهدة فى العبد الموهوب للثواب، ووجه ذلك ما قدمناه، ويحتمل أن يكون فى الإقالة وغيرها مما ذكرناه معها قول ثان أن العهدة تثبت فيها.

فإن كانت بعد انقضاء العهدة الأولى، فهذا على قولنا إن الإقالة بيع، وإن قلنا إنه فسخ بيع على ما تأوله بعض أصحابنا فى الشفعة والمرابحة، فلا عهدة فيها قولاً واحدًا.

مسألة: وأما الرد بالعيب، فروى أشهب، عن مالك: لا عهدة فيه.

ووجه ذلك أنه فسخ بيع، وليس بعقد معاوضة، وفسخ البيع لا عهدة فيه كالبيع الفاسد، يفسخ.

فصل: وأما غير المعين، وهو الثابت فى الذمة، فإنه أيضًا على ضربين، أحدهما: أن تثبت معاينة كالسلم. والثانى: أن يثبت بعقد مكارمة كالنكاح والقرض. فأما السلم، فاختلف أصحابنا فيه، فروى ابن المواز: فيه العهدة، وبه قال ابن حبيب.

وقال ابن المواز: لا عهدة فيه، وإن كان بلد العهدة، إلا أن يشترطها، فإن كانت أمة، ففيها الاستبراء. وقال ابن القاسم: ليس فيها عهدة ثلاث، وعهدة السنة تبع لها.

وقد قال سحنون: لا عهدة فى عبد مأخوذ من دين، ولا مأخوذ من كتابة. وقول ابن حبيب: فيه العهدة، ويحتمل أن يكون مبنيًا على قول أشهب أن تعيين العبد كالقبض، وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

ويحتمل أن يجرى أيضًا على مذهب ابن القاسم، وأن فسخ الدين فى الدين، إنما يكون فيما نقل من جنس إلى غيره، وأما من يثبت له شيء فى الذمة بعين بجنسه، فليس من باب فسخ الدين فى الدين، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الخامس فى محل درك العهدة

أما محل دركها، فسيأتى بعد هذا مبينًا، إن شاء الله تعالى.

* * *

الباب السادس فى حكم العوض منها فى تعجيل أو تأخير

أما حكمها، فقد ذكرنا أن العهدة المختصة بالرقيق، عهدتان، إحداهما: عهدة الثلاث. والثانية: عهدة السنة. فأما عهدة الثلاث، ففيها مسألتان، إحداهما: لا يلزم النقد فيها بمجرد العقد. والثانية: لا يجوز اشتراطه فى مدة هذه العهدة.

وإنما قلنا إنه لا يلزم النقد فيها توقعًا لمعنى متكرر متقدم لجواز هلاك المبيع أو بعضه مع انفراد البائع بمعرفته، وضمانه للمبيع بسببه، فلم يكمل تسليمه للمبيع، فلذلك لم يستحق قبض ثمنه.

فرع: والفرق بينه وبين الثمرة فى رءوس النخل التى ضمانها من البائع، ويلزم النقد فيها بإطلاق العقد، أن ضمان البائع للثمرة إنما هو لأمر طار يخاف حدوثه، يتيقن أنه يستوى فى معرفته البائع والمبتاع، وضمان العهدة لسبب ماض، لا يتيقن عدمه على البائع حين العقد، وإنما ضربت مدة الأيام الثلاثة استبراء؛ ليغلب على الظن سلامته.

مسألة: ولا يجوز اشتراط النقد فيها؛ لأن هذه مدة لا يلزم دفع الثمن فيها بمجرد العقد إلا بالتسليم له، فلم يجز اشتراط دفعه فيها كمدة الخيار.

فرق: والفرق بينه وبين المكيل والموزون، أنه يجوز شرط النقد فيه قبل وجوبه، وقبل خروج المبيع من ضمان البائع أن ضمان البائع هناك إنما هو لما بقى عليه من حق التوفية، فكان للمبتاع منع الثمن حتى يستوفى.

فإذا شرط عليه تعجيله، جاز ذلك كشراء المنافع فى الإجارة، وليس كذلك فى مسألتنا، فإنه لم يبق عليه حق توفية، فأشبه بيع الخيار، فإن شرط النقد، بطل العقد.

فرع: ولا يجوز اشتراط البائع وضع النقد على يده مختومًا؛ لأن ذلك اشتراط النقد،

ويجيء على قول القاضى أبى محمد فى مسألة العربان أن ذلك جائز، وهل للبائع إيقاف الثمن على يد عدل؟ عن مالك فى ذلك روايتان، قال فى الموازية: يجب إيقافه. وقال فى المبسوط والعتبية: ليس عليه ذلك، إلا أن يتطوع به.

وجه الرواية الأولى أن من حجة البائع أن يقول: أخاف فلسه وذهاب ما بيده، وأن يفسد تسليمه إلىَّ، فإن لم يجز ذلك، فليستوثق لىَّ بوضعه على يد عدل.

ووجه الرواية الثانية أنه إذا لم يجب تسليمه إلى البائع، لم يلزم إخراجه من ذمة المبتاع إلى يد أمانة؛ لأن ذلك تغرير بالمال.

فرع: فإذا وضع على يد عدل، فتلف، فضياعه على من يجب له أخذه، عينًا كان أو عرضًا أو حيوانًا، حكاه ابن المواز، عن مالك.

وجه ذلك أنه لما كان أمر المبيع مراعى، إن سلم لزم المبتاع بالعقد الأول، وإن لم يسلم لم يلزمه، ووجب أن يكون الثمن أيضًا مراعى معتبرًا بالمثمون؛ لأنه إنما أوقف بسببه، فإن سلم المبيع، فالثمن من البائع؛ لأنه قد ظهر أنه فى ملكه من يوم قبضه، وإن لم يسلم المبيع، فالثمن من المبتاع؛ لأنه باق على ملكه.

مسألة: وهل له أن يتمسك بالمبيع ناقصًا إذا ضاع الثمن، روى عيسى، عن ابن القاسم: له ذلك. وروى عنه: أنه ليس له ذلك. ورواه ابن حبيب، عن ابن الماجشون، وقال: ينفسخ البيع، ولا ثمن من المشترى، والجارية المعيبة للبائع.

وجه بقاء الجارية له، وهو اختيار سحنون وأصبغ، أن هذا خيار كان له قبل ضياع الثمن، فلا يسقط حقه بضياع الثمن. أصله إذا لم يحدث بالمبيع عيب.

ووجه إبطال الخيار، أن حدوث النقص فى مدة العهدة من ضمان البائع، فوجب أن يكون ضمان الثمن من المشترى.

فرع: فإذا قلنا بثبوت الخيار، ففى أى شيء يكون الخيار؟ روى ابن المواز، عن ابن القاسم: له قبول المبيع بالثمن التالف. وقال ابن عبدوس، عن عبد الملك: إنما له أخذها بغرم ثمن ثان أو ردها.

وقال سحنون: إن أتلف الثمن قبل حدوث العيب، فإنما يأخذ بثمن آخر، وأما إن تلف الثمن بعد حدوثه، وقبل رضا المبتاع به قبل الحيض أو بعده، فله أخذ الجارية دون ثمن آخر.

وجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يلزمه عوضان في عين واحدة.

ووجه القول الثاني أن النقص الحادث في المبيع تبين أن الثمن الأول له، وبقى له الخيار، فإن رد المبيع، وإلا كان عليه أن يأتي بثمن آخر يصل إلى البائع.

ووجه القول الثالث أن تقدم حدوث العيب قد أثبت له الخيار قبل ضياع الثمن، فالثمن من البائع، وإذا ضاع الثمن قبل حدوث البيع، فقد ضاع من المشترى، فإذا حدث العيب بعد ذلك واختار السلعة، فعليه ثمن آخر.

مسألة: فإذا قلنا إن النقد غير لازم، ولا جائز بالشرط، جاز أن يتطوع المبتاع بعد تمام البيع؛ لأنه تقديم لنقد لا يلزمه تقديمه كالثمن المؤجل، وهذا إذا لم يكن البيع بالخيار، فإن كان بالخيار، فنقد في مدة الخيار، لم يجز ذلك؛ لأنه إذا لزم البيع بإمضائه، وقطع الخيار أخذ فيه جارية فيها المواضعة، فآل ذلك إلى فسخ دين في دين.

فصل: وأما عهدة السنة، فالنقد فيها لازم؛ لأن ما يتقى نادر شاذ، فلا يجوز منع النقد لسبب متوقع نادر، ولأن هذه مدة سقطت فيها النفقة عن البائع بالبيع، فكان له أخذ الثمن. أصل ذلك بعد انقضاء العهدة.

قال مالك: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ أَوْ غَيْرِهِمْ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَدْ بَرِئَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، وَلا عُهْدَةَ عَلَيْهِ، إلا أَنْ يَكُونَ عَلِمَ عَيْبًا فَكَتَمَهُ، فَإِنْ كَانَ عَلِمَ عَيْبًا فَكَتَمَهُ، لَمْ تَنْفَعْهُ الْبَرَاءَةُ، وَكَانَ ذَلِكَ الْبَيْعُ مَرْدُودًا، وَلا عُهْدَةَ عِنْدَنَا إلا فِي الرَّقِيقِ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن من باع رقيقًا بالبراءة، فقد برئ مما لم يعلم من العيوب، ويسقط عنه حكم العهدة، وحكم الرد بالعيب، وذلك أن المبيع على ثلاثة أضرب، ضرب فيه العهدتان المتقدمتان، وهو الرقيق.

والضرب الثاني ليست فيه عهدة مقدرة بزمن، ولكن عهدة الرد بالعيب فيه ثابتة، فمتى اطلع على عيب يمكن أن يدلس به البائع كان له الرد بالعيب، وسيأتي بيانه بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

والضرب الثالث: بيع بالبراءة من عهدتي الرقيق من العيوب التي لم يعلم بها البائع،

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٩/٣٧.

فمتى اطلع المبتاع على عيب، لم يعلم أن البائع علم به، لم يرد به، هذا المشهور من المذهب.

وحكى القاضى أبو محمد عنه رواية ثانية، اشتراط البراءة غير نافع، ولا يبرأ، إلا مما يراه المبتاع. وللشافعى فى ذلك ثلاثة أقوال، أحدها: أنه لا يبرأ ببيع البراءة من عيب علمه أو لم يعلمه. والثانى: يبرأ منها، وبه قال أبو حنيفة. والثالث: يبرأ فى الحيوان من الداء الباطن خاصة.

وحكى عنه: يبرأ مما لم يعلم فى الحيوان دون ما علم، كقول مالك فى الرقيق.

والدليل على تأثير شرط البراءة فيما لم يعلمه البائع من العيوب، حديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا، وحكم عثمان بن عفان، رضى الله عنه، باليمين، أنه ما علم بالعيب.

وفى ذلك إثبات ما وصفناه من البراءة؛ لأن عثمان أمير المؤمنين، وكانت أحكامه تسمع وتنتقل، لاسيما إلى مثل عبد الله بن عمر، ولم يعلم له مخالف فى ذلك.

ومن جهة المعنى أن هذا تبرؤ من عيب استوى فيه علم المتبايعين، فلم يثبت فيه خيار الرد بالعيب. أصل ذلك إذا علمناه، وفى هذا الدليل نظر.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به بعض أصحابنا أن فى بيع البراءة غررًا، فإن المبتاع بذل ثمنه فى مقابلة سلعة، لم يعقد البيع على صحتها، ولا رجوع له بما ينقص العيب منها، فلم يعلم قدر ما يشترى به، ولا قدر ما يسلم.

وهذا الدليل يقتضى صحة العقد، ولم ينقل ذلك عن أحد من شيوخنا، وإنما هذه الرواية مع شذوذها تمنع البراءة، وتصحح العقد، وإنما يعتمد فيها على قلة العيب مع سلامة العقد والتسليم، والتزامها على الظاهر من السلامة.

ولذلك منع من البراءة من ثلاث، فى عليِّ الرقيق من الحمل الذى لم يظهر لما كثر الغرر، ومنع المغيرة من الحكم بالبراءة فيما زاد على الثلاث من عيوب الرقيق، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهل يتبع بالبراءة من لا يعلم حال المبيع؟ اختلف أصحابنا فى ذلك، فروى ابن القاسم، عن مالك: المنع منه. وروى عن ابن الماجشون وأصبغ: التخفيف فيه.

وجه قول مالك أنه قصد إلى التدليس حين لم يشرف على حال المبيع، وقد توقع عيوبًا، فأراد أن لا يطلع عليها للتدليس.

ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من أن هذا بائع للبراءة، فلم يمنع من ذلك عدم علمه بحال المبيع كالوارث والسلطان.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون، فالبيع صحيح، والشرط لازم، وبه قال أشهب. وإن قلنا بقول مالك، فقد قال ابن القاسم: لا تنفعه البراءة، إذا علم أنه لم يختبر العبد.

ووجه ذلك أن الشرط المختلف فى جوازه لا يبطل العقد، وإن بطل هو فى نفسه، فهذا لما شرط البراءة، صح البيع، ولم ينعقد الشرط على وجه التدليس كما لو علم بالعيب واشترط البراءة.

مسألة: ولا يبرأ البائع بالبراءة مما علم من العيوب، وهذا أحد قولى الشافعى. وقال أبو حنيفة: يبرأ من ذلك.

والدليل على ما نقوله حديث عثمان، رضى الله عنه، أنه قضى على ابن عمر بأن يحلف أنه ما علم به عيبًا، ولو لم يجب الرد بما علم، لم تلزم هذه اليمين.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا عيب دلس البائع به، فثبت فيه خيار الرد بالعيب كما لو لم يبع بالبراءة.

إذا ثبت ذلك، ففى بيع البراءة خمسة أبواب، أحدها: فى تبيين محلها من العقود. والثانى: فى تبيين محلها من المعقود عليه. والثالث: فيمن يجوز له ذلك من العاقدين. والرابع: فى تبيين ما يصح ذلك فيه من العيوب. والخامس: فى شروط صحة عقد البيع بالبراءة.

* * *

الباب الأول فى تبيين محل البراءة من العقود

لم أر أحدًا من أصحابنا ذكره فى غير البيع، ولا ذكر ما يختص به من البيوع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنها تصح فى كل عقد معاوضة ليس من شرط صحته التماثل، فما كان من شرط صحته التماثل، لم يجز فيه البراءة كالقرض؛ لأن البراءة فى القرض والقضاء، أو فى أحدهما ينافى التماثل، يجوز

أن يكون فى أحدهما من العيوب ما ليس فى الثانى، فلم يعلم التماثل والجهل بالتفاضل فيما ينافيه التفاضل، كالعلم به فى فساد العقد.

مسألة: وهذا فى المعين، وأما ما يثبت فى الذمة [......][1].

* * *

الباب الثانى فى تبين محلها من المعقود عليها

المبيع المعقود عليه على ثلاثة أضرب، رقيق، وحيوان صامت، وعروض. فأما الرقيق، فالظاهر من المذهب جواز بيعه بالبراءة.

ووجه ذلك أن الرقيق يكتم عيوبه، ولا يظهرها سترًا على نفسه، ورغبة فى بقائه فى محله، فكان ذلك مقويًا لما يدعيه البائع من استواء علمه به، وعلم المبتاع. ومن أصلنا أن الرد بالعيب مبنى على علم البائع بالعيب وتدليسه، وما استوى فيه علم البائع والمبتاع، فلا سبيل إلى الرد به علمًا أو جهلاً.

فإن قيل تارة يستدلون بكتمانه على صحة البراءة، وتارة يستدلون بإخباره على العهدة، وهما علمان متضادان، وحكمان متنافيان، ولا يجوز أن يثبت علمان متضادان فى عين واحدة، فإن كانت العلة فى ثبوت العهدة جواز إخباره، فيجب نفى البراءة؛ لأن الإخبار مناف لها، ويبطل حكمها.

والجواب أن الأمرين متباينان من الرقيق الكتمان والإخبار، وهذا شاهد لا يمكن نفيه، ولا إنكاره، فلما أمكن إخباره، أثبتنا فيه العهدة بمجرد العقد، كما أثبتنا للمبتاع خيار الرد بالعيب فيما يمكن أن يعلمه البائع من العيوب، وإنما تثبت البراءة لمن اشترطها إن لم يخبره بعيب، ولا اطلع عليه فيه، وكان ما أخبر به ممكنًا منه، ومباينًا فيه، وصدقه فى ذلك المبتاع ورضى بأمانته، فأثبتنا له ما اشترط بصحة سببه.

فإن قامت البينة بأنه قد علم وتيقنا كذبه، أبطلنا براءته، وإن لم تقم به بينة كان الظاهر فى تصديق المشترى ظاهرًا فى صدقه، واستبرأنا أمره بيمينه أنه لم يعلم ذلك بإخبار البائع، ولا غيره، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الحيوان الصامت، فالذى عليه أكثر أصحابنا أنه لا تصح فيه البراءة، رواه ابن القاسم وغيره، عن مالك. وقال محمد: وقع لمالك فى كثير من باع عبدًا أو وليدة أو حيوانًا بالبراءة، فقد برئ، وبه قال ابن كنانة والشافعى.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

وجه الرواية الثانية ما استدل به الشافعى من أن الحيوان يفارق سواه؛ لأنه لا يستوى فى الصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلما يخلو من عيب.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، ووقع البيع بالبراءة فى الحيوان، فهل يفسخ البيع أو يثبت، ويبطل الشرط، الذى تقتضيه رواية ابن القاسم، عن مالك: أن البيع صحيح، والشرط باطل؛ لأنه قال: له الرد، ولا تنفعه البراءة.

وقال أشهب: إن وقع فى الحيوان، لم أفسخه، وإن وقع فى العروض، فسخته، إلا أن يطول ذلك ويتباعد، فلا أفسخه. قال محمد: زاد ابن حبيب، قال: لا أفسخه؛ لما وقع فى كتاب مالك: من باع وليدة أو حيوانًا بالبراءة، فقد برئ.

ووجه هذا ما أشار إليه محمد من أن الشرط لما كان مختلفًا فى جوازه، لم يبطل العقد عن من لا يجيزه، ولكن يبطل الشرط فى نفسه، ويثبت العقد عاريًا منه.

مسألة: وأما العروض، فروى ابن حبيب أن مالكًا أثبت البراءة فى الحيوان والعروض، وبه قال ابن وهب، ورواه عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة، وهو قول أبى حنيفة.

ووجه هذه الرواية أن هذا بيع، فجاز أن تثبت فيه البراءة مما لا يعلمه البائع كالرقيق.

* * *

الباب الثالث فيمن يجوز له البراءة من البائعين

فى هذا الباب، فصلان، أحدهما: فى تبيين من بيعه بيع البراءة. والثانى: فى تبيين من يثبت فى بيعه اشتراط البراءة.

فصل: فأما الفصل الأول، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أن بيع السلطان وبيع المواريث بيع براءة. والثانية: أن بيع السلطان خاصة على البراءة. قال ابن القاسم: لم يختلف قوله فى بيع السلطان.

فوجه القول الأول أن بيع المواريث بيع على الميت، لا يستطيع رده لقضاء دينه ووصيته، فأشبه بيع السلطان.

ووجه القول الثانى أن بيع السلطان حكم، ولذلك إذا باع فى حياة من يباع عليه نفذ بيعه، وكان على البراءة، والوصى ولو باع فى حياة من باع عليه، لم يكن على البراءة، فإذا باع بعد موته، لم يكن على البراءة.

مسألة: وبيع السلطان هو ما تولى بيعه على مفلس أو من مغنم أو باعه من تركة ميت لقضاء دين أو تنفيذ وصية، أما ما باعه الورثة لدعاء بعضهم أو جميعهم إلى البيع، فليس من هذا فى شىء، وهؤلاء كجماعة اشتركوا فى رقيق، وكذلك بيع الولى اليتيم لحاجة الإنفاق، فهو كبيع الأب على ابنه.

فصل: فأما الفصل الثانى، وهو فى ثبوت البراءة لمن اشترطها، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أنها تثبت بالشرط. والثانية: أنها لا تثبت بالشرط، وإنما تثبت لمن كانت مقتضى بيعه دون شرطه. والرواية الأولى هى رواية الموطأ فى قوله: ومن باع عبدًا أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة، فقد برئ.

وجه ذلك ما روى من قضاء عثمان بن عفان، رضى الله عنه، فى بيع البراءة باليمين أنه ما علم به عيبًا.

ومن جهة المعنى ما قدمناه من كتمان الرقيق لعيوبه، وأن البائع لا يعلم به، فيستوى فيه علم البائع والمبتاع، ولما صح هذا منه، وصح أن يعلم، لم يجز هذا إلا بالشرط لما فيه من ادعاء الجهل بعيبه، ودخول المشترى على تصديقه.

ووجه الرواية الثانية أن ما لا يثبت فيه حكم البراءة بنفس العقد لا يثبت فيه بالشرط كسائر العيوب التى يعلمها البائع، ويشترط البراءة منها، ولا يسميها.

فرع: فإن قلنا بالرواية الأولى، فيجب أن يكون بيع البراءة ثابتًا فى الرقيق خاصة لما ينفرد به من كتمان عيوبه، وإن قلنا بالرواية الثانية، فيجب أن تكون البراءة فى كل بيع على ما اختاره ابن حبيب، ورواه مطرف وابن الماجشون.

فرع: إن قلنا إن البراءة لا تثبت إلا فى بيع السلطان أو بيع السلطان والمواريث، فإن باع السلطان أو باع أحد بأمره، ولم يذكر أنه بيع مغنم، ولا بيع على مفلس، ولا بيع مواريث، فهل يكون على البراءة؟ روى ابن حبيب، عن أصبغ: أن ذلك على البراءة.

وروى ابن المواز، عن مالك: هو على البراءة، إلا أن يعلم المشترى أنه بيع ميراث أو سلطان.

وجه قول أصبغ أن بيع السلطان، وبيع من يتولى أمره، أمر مشهور، ولابد فيه من بينة أو مشاهدة وجمع، فيحمل على حكمه، ولا يقبل قول من يدعى الجهل به.

ووجه قول مالك أن الناس إذا كان فيهم من لا يحمل بيعه على البراءة، ولم يعلم

المبتاع أن البائع ممن يقتضى بيعه البراءة، كان له الخيار فى الرد أو الإمساك، وذلك كعيب اطلع عليه، وأما بيع الوصى أو الورثة المواريث، إذا قلنا إنه على البراءة، فإنما لا يحمل ذلك، إلا أن يعلم المبتاع أنه بيع براءة.

فرق: والفرق بين بيع الوصى وبيع السلطان على قول أصبغ، أن بيع السلطان مشهور، لا يكاد يخفى. وأما الوصى، فبيعه لا يتميز من بيع غيره من الناس، فيحتاج إلى أن يبين، فإذا تبين أنه بيع ميراث. روى ابن القاسم فى المدونة: أن ذلك لازم مع قوله أن البراءة لا تكون فى بيع الرجل فى خاصة نفسه.

ووجه ذلك أن البراءة لما التزمت، وصادفت محلها، لزمت العقد، وإن لم يعلم العاقد بمحل ثبوتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البراءة الثابتة فى ذلك على وجهين، أحدهما: أن تثبت لمعنى فى البائع. والثانى: أن تثبت بالشرط على رواية تجويز ذلك.

فأما ما تثبت لمعنى فى البائع، فإن ذلك لعدم علمه بعيوب المبيع، وتفويت الثمن بدفعه إلى مستحقه كبيع السلطان والمواريث، ففى هذا إن اطلع المبتاع على عيب قبل تفويت الثمن، أقيل منه ورد عليه الثمن؛ لأن البراءة فيه لمعنيين، الجهل بالعيوب، وفوات الثمن، والثمن قائم بعد لم يفت، وأما إن قام بالعيب بعد تفويت الثمن، فقد لزمه على البراءة، ولا قيام له.

مسألة: وأما ما يثبت باشتراط البائع البراءة، فإنه لا قيام له بما لم يعلمه البائع، فات الثمن أو لم يفت؛ لأنه أمر لزمه بشرط صحيح لازم، انعقد البيع به، فوجب أن يلزم بنفس انعقاد البيع كسائر الشروط الصحيحة.

* * *

الباب الرابع فى تبيين ما تصح البراءة منه من العيوب

وذلك على ضربين، براءة خاصة، وبراءة عامة. فأما الخاصة، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: متفق على فساده. والثانى: مختلف فيه. والثالث: متفق على جوازه. فأما المتفق على فساده، فهو إذا أقر السيد بوطء الأمة، وتبرأ من حملها، ظاهرًا كان أو غير ظاهر، فلا خلاف أن البراءة هاهنا غير عاملة؛ لأنه لا يبرأ من حمل يلزمه بإجماع.

فرع: وهل يفسد ذلك العقد أم لا؟ الصحيح من المذهب أنه يفسد العقد، وروى

ابن حبيب، عن مالك فيمن تبرأ من حمل جارية، وهو مقر بوطئها: أن ذلك لا يبطل العقد، وأنكر الشيخ أبو محمد هذه الرواية.

وجه قول الجماعة أنه نقل ضمانًا متفقًا على محله، فوجب أن يفسد العقد على ما قدمناه.

مسألة: وأما المختلف فى جوازه، فهو بيع الأمة الرائعة بالبراءة من حملها الذى لم يظهر مع إنكار وطئها، فقد قال مالك: أنه غير جائز، وأجازه الشافعى، ويتخرج ذلك على قول ابن حبيب.

وجه ما ذهب إليه مالك ما احتج به من كثرة العود، لكثرة ما ينقص الحمل من قيمتها، فيتفاوت الغرر بتفاوت قيمتها إن سلمت من الحمل، أو نقصها إن كانت حاملاً، أو غير الرائعة، فلا بأس بذلك، وهذا فى السرية.

وأما ذات الزوج، فقد قال عبد الملك: لا ترد لحمل يظهر بها، وإن كان الأقل من ستة أشهر من يوم ابتاعها المبتاع، وكذلك المشهورة بالزنى، حكى ابن عبدوس ذلك، فعلى هذا يجوز التبرى فيهما بحمل غير ظاهر؛ لأنه لا يذهب منهما الكبير من الثمن، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إن البراءة من حمل غير ظاهر، تمنع صحة العقد، فإن وقع العقد، فلا يخلو أن يتبرأ من الحمل مع إقراره بوطئها، أو مع نفيه لذلك.

فإن أقر به، فلا خلاف بين أصحابنا فى أن المبتاع لا يضمنها، إلا بعد أن تمضى مدة استبرائها، فإن نفى وطأها، فالذى قاله ابن القاسم فى المدونة: يضمنها المشترى بقبضها، وخالفه ابن المواز، فقال: لا يضمن إلا بعد مدة استبرائها.

وجه ما قاله ابن القاسم أن البيع الفاسد قد يسقط ما شرط فيه، ورجع إلى مقتضاه، ومقتضى البيع الفاسد أن المبتاع يضمن المبيع بالقبض.

ووجه ما قاله ابن المواز أن كل عقد إنما يرد فاسده إلى مقتضى صحيحه، ومقتضى صحيح هذا العقد، أن لا يضمن بالقبض، فكذلك فاسده كمن شرط النقد فى مدة الخيار، فإنه لا يضمن المبيع فى مدة الخيار.

مسألة: وأما بيع الرائعة الظاهرة الحمل، فعلى ضربين، أحدهما: أن يتبرأ منه البائع، فذلك جائز؛ لأنه تبرأ من أمر ظاهر يطلع عليه المشترى، فينتفى بذلك الغرر.

والضرب الثانى: أن يشترطه المبتاع، فإن ذلك لا يجوز فى حمل ظاهر، ولا غير ظاهر فى وحش، ولا غيره عند ابن القاسم، وشراء الشاة أو البقرة على أنها حامل. قال ابن القاسم: لا يجوز، ورواه عن مالك.

وروى ابن المواز، عن مالك: لا خير فى بيع الرمكة بأنها عقوق، وكذلك الغنم والإبل، إلا أن يقول هى عقوق، ولا يشترط ذلك، وجوزه أشهب. وروى عبد الرحمن ابن دينار، عن أبى حازم وابن كنانة، أنه جائز.

وجه ما روى ابن القاسم، عن مالك ما احتج به من أنه من باع الرمكة أو الشاة على أنها حامل، فقد أخذ للجنين ثمنًا، وذلك لا يجوز.

ووجه ما قاله الباقون أن هذا من الأمور المظنونة، وإن زادت فى ثمن المبيع، وذلك جائز كالثمرة التى لم تؤبر.

فرع: فإن قلنا برواية ابن القاسم، فإنه إن وقع البيع بذلك رد، إلا أن يفوت بنماء، أو نقصان، أو حوالة، وإن قلنا برواية الجواز، فإنه إن اطلع بعد وقت على أنها غير حامل، فقد قال ابن أبى حازم وابن كنانة: إنه إن كان باعها، وهو يرى أنه كما قال مضى البيع، وإن كان قد عرف أنها ليست بعقوق، فإن كان ينزى عليها الفحل أو غير ذلك، ردت عليه.

وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن، عن أشهب: إن باعها على أنها حامل، فلم يجدها حاملاً، فليردها، وأما الجوارى، فإن كانت من المرتفعات، فهو من المشترى، ولا شىء له، وإن كانت وخشا يزيد فيها الحمل، فله ردها.

فصل: وأما ما لا يفسد البيع التبرى به من العيوب فى الجملة، فإنه على ضربين، ضرب لا يختلف، وضرب يختلف، فأما ما يختلف كالعور من ذهاب العين وقطع اليد من الكوع، فإنه يبرأ منه بتسميته.

وأما ما لا يختلف كالإباق والسرقة والدبرة، فإنه لا يبرأ منها بالتسمية المحتملة حتى يبين المقدار أو يريه المبتاع إن كان شاهدًا؛ لأن التسمية تقع فى ذلك على القليل والكثير، ولو علم المبتاع بالكثير منه لما رضيه.

فرع: فإن انعقد البيع على هذا، فهل يفسد العقد أو يثبت؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أن العقد ثابت، وللمبتاع الرد بالعيب، إن اطلع منه على الفاحش. وقال أشهب: يفسخ البيع.

وجه قول ابن القاسم أنه دخل على السلامة إلا مما يقتضيه إطلاق اللفظ، وهو المعتاد منه، فإذا اطلع على الفاحش المتفاوت، كان له الرد به كما أن إطلاق العقد يقتضى السلامة، وإن لم ينص عليها، فإن اطلع بعد على عيب، كان له الرد، ولم يمنع ذلك صحته العقد، وبأن لا يمنع منه ما قلناه أولى.

ووجه قول أشهب أنه لما كان إطلاق لفظ الإباق والسرقة وما أشبههما يتفاوت ما يتناوله، ولم يختص اللفظ بالقليل منه دون الكثير عقد البيع على الغرر، فوجب أن يفسد كالتبرى من حمل غير ظاهر فى المرتفعة. وقد روى عن أشهب فى الإباق وداء الفرج، مثل قول ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: وإن تبرأ إليه بعيوب ليست به، لم تنفعه البراءة، وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمى له، ولم يره إياه، قاله ابن القاسم فى المدونة، ورواه ابن حبيب، عن مالك.

ووجه ذلك أنه قصد التلفيق واللغز بذكره ما ليس فى المبيع من العيوب والمبتاع لما ذكر له ما ليس فيه من العيوب، اعتقد أن جميع ما ذكر له بتلك المثابة، فكان بمنزلة أن يتبرأ من عيب.

مسألة: ولا تنفع البراءة من كل عيب علمه البائع، وإن سماه حتى يخبره أنه بالمبيع، رواه أشهب، عن مالك. قال مالك: وكذلك لو أفرد له عيبًا حتى يخبره أنه به.

ووجه ذلك أنه إذا كان تبرأ من عور، ولم يره إياه، ولم يخبره أنه بالمبيع، فإن المبتاع لم تلزمه، وأنه ظن أن ذلك تشدد فى البيع واستظهار فى التحرز، فلم يقطع ذلك حقه من الرد بالعيب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك أن قول البائع: ابتعتك هذا العبد، وأتبرأ إليك من عيب كذا، وليس به أو لا علم لى، أو يقول له: إن وجدت به عيب كذا، فلا رد لك به، فإن ذلك لا يكون براءة منه؛ لأن المبتاع لم يدخل على تحقيق وجوده بالمبيع.

مسألة: وهذا إذا تبرأ بالعيب فى نفس العقد، فإن جاء مبترئًا منه بعد العقد، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون من العيوب الظاهرة. والثانى: أن يكون من العيوب الخفية.

فإن كان من الظاهرة، لزم المبتاع الرضا بها أو الرد، وإن كانت مما يخفى، لم يلزمه

ذلك، وكان له القيام به متى اطلع عليه بعد ذلك؛ لأن العقد قد انعقد على السلامة، فلا يقبل تبرى البائع بعده بما لا يعلم صدقه؛ لأن ذلك محمول على الندم منه.

مسألة: فإن أراد البائع أن يمكن من إقامة البينة بما ادعاه من العيب ليرضى به المبتاع، أو يرد كان له ذلك دون أن يغيب عليه؛ لأنه يعلم بذلك صدقه فيما ادعاه كالعيوب الظاهرة.

مسألة: وإذا وضع البائع دينارًا من الثمن بعد البيع؛ ليبرأ من عيوبه، فقد قال ابن المواز، عن مالك فى الدابة: إن وجد بها عيبًا كان له الرد. قال أصبغ: كما لو باع بالبراءة. قال ابن حبيب: لا يجوز ذلك فى الدابة، ويجوز فى الجارية؛ لأن بيعك على البراءة جائز، والبراءة فيها ثابتة، وهذا يشبه ما أشار إليه أصبغ.

واحتج ابن حبيب فى ذلك بأن إلحاق هذا بالعقد بعد انعقاده يصح كمشترى مال العبد بعد الصفقة ومشتر كيلاً من صبرة قد باعها جزافًا على ما كان يجوز له أن يستثنيه منها حين البيع.

مسألة: ولو كان ذلك فى نفس العقد بأن يبيع منه بعشرة يضع منه دينارًا لعيوبها. وقال ابن حبيب من قول مالك فى الدابة والجارية: أنه إن وجد عيبًا، رد المبيع، كمن نكح بعشرة على أن ترك له دينارًا، على أن لا يتزوج، فالنكاح جائز، ولا شىء عليه.

وهذا الذى رواه ابن حبيب مخالف لما قاله فى المسألة قبل هذا، ويجب على قوله فى تلك المسألة أن يثبت له ذلك فى الجارية دون الدابة، وقياسه على النكاح غير صحيح؛ لأن النكاح لو اشترط فيه ذلك بعد العقد، لم يثبت الشرط، ولم يلحق بالعقد.

فصل: وأما البراءة العامة، فعلى ضربين، أحدهما: أن يشترط البراءة مما يعلم ومما لا يعلم جملة، فهذا لا يجوز. والثانى: أن يشترط براءة عامة مما لا يعلم، فهل يبرأ من كل ما لم يعلمه؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أنه يبرأ من كل ما لم يعلمه، قل أو كثر، إلا من الحمل فى الرائعة.

قال سحنون: سواء كان العيب ظاهرًا كالعور أو خفيًا، وبهذا قال جماعة أصحابنا فيما حكى ابن حبيب إلا المغيرة، فإنه قال: ما لم يجاوز الثلث، فإن جاوز الثلث، لم تنفعه البراءة منه.

وجه ما ذهب إليه الجمهور أن هذه البراءة مما لم يعلم به البائع ولا البيع معـرض لـه، فتثبت البراءة منه كما لو كان الثلث فأقل.

ووجه قول المغـيرة أن هـذا عيب يذهـب معظـم ثمـن المبيـع، فوجـب أن لا يتناولـه إطلاق البراءة كالحمل فى الرائعة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البراءة العامة عند جماعة أصحابنا لا شك تتنـاول الحمـل، سـواء كـان البـائع سـلطانًا أو غـيره. قـال ابـن المـواز: وبيـع الجاريـة الرائعـة بـالبراءة على الإطلاق جائز، ولا يدخل الحمل فى البراءة، ولو شـرط البـراءة مـن الحمـل، فسـد البيع.

وقال ابن حبيب فى الجارية المسبية، تقع فى سهم الرجل أو يشتريها فى المقاسـم: أن له أن يلتذ بها قبل الاستبراء بما دون الجماع؛ لأن بيع المقاسم بيع براءة، فلـو ظهـر بهـا حمل لم يردها به، وهذا يقتضى تناول البراءة العامة للحمل.

ووجه قول مالك، رحمه الله، أن البراءة العامة فيما يجـوز إقـراره بـالبراءة دون مـا لا يجوز إقراره كما لا تتناول ما لا يعلمه البائع دون ما يعلمه.

فصل: ثم نرجع إلى تعيين باقى المسألة، وهو قوله: فإن علم عيبًا، فكتمـه، لـم تنفعه البراءة، وكان ذلك البيع مردودًا، يريد أن البراءة المطلقة لا تؤثـر فيمـا علمـه البـائع مـن العيوب، وإنما تختص بما لا يعلمه منها.

فإن وقع هذا، وكان البائع بالبراءة هو السلطان، وقـد علـم بـالعيب، فقـد روى ابـن المواز، عن مالك: للمبتاع رده، وكذلك إن علم به من بيع عليه من مفلس، قـد بينـا أن البراءة لا تثبت فيما علم من العيوب، ولا تؤثر فيه.

وروى داود بن جعفر، عن مـالك: إذا أشـهد علـى الغريـم أنـه دلـس بـالعيب، فـإن المبتاع لا يرد بعيب وجد به، إذا كان الثمن قد فرق على الغرماء.

فرع: وبما يثبت تدليسه إن علم أن المفلس علم بالعيب، كـان للمبتـاع الـرد، وأخـذ الثمن من الغرماء؛ لأنه قد علم أن البراءة غير لازمة لما علم البـائع أو مـن بيـع عليـه مـن العيب.

وإن لم يثبت ذلك إلا بإقرار المبيع عليه، فإن المبتاع لا يرجع على الغرمـاء بمـا قبضـوا من الثمن؛ لأن إقرار المبيع عليه، لا يقبل عليهم فى استرجاع مـا بـأيديهم، وللمبتـاع أن

يمسكه بعينه أو يرده عليه، ويتبعه بالثمن فى ذمته؛ لأن إقراره مقبول فى خاصة نفسه؛ لأنه لم يحجر عليه لحق نفسه، وإنما حجر عليه لحق الغرماء.

فرع: فإذا قلنا له القيام بالعيب، ففى المدونة عن ابن نافع وابن القاسم ومالك: يرجع بقيمة العيب، فيأخذه من الغرماء، ويرجع به الغرماء على غريمهم. وروى ابن المواز، عن مالك: أن للمبتاع رده، وأخذ الثمن.

* * *

العيب فى الرقيق

١٢٧٧ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ بَاعَ غُلامًا لَهُ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَبَاعَهُ بِالْبَرَاءَةِ، فَقَالَ الَّذِى ابْتَاعَهُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ: بِالْغُلامِ دَاءٌ لَمْ تُسَمِّهِ لِى، فَاخْتَصَمَا إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، فَقَضَى عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنْ يَحْلِفَ لَهُ لَقَدْ بَاعَهُ الْعَبْدَ وَمَا بِهِ دَاءٌ يَعْلَمُهُ، فَأَبَى عَبْدُ اللَّهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَارْتَجَعَ الْعَبْدَ، فَصَحَّ عِنْدَهُ، فَبَاعَهُ عَبْدُ اللَّهِ بَعْدَ ذَلِكَ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةِ دِرْهَمٍ.

الشرح: قضاء عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر، رضى الله عنه، باليمين أنه ما كتم عيبًا علمه، تجويز منه لبيع الإنسان عبده بالبراءة، وإعمال منه بالبراءة، فيما لم يعلم البائع من العيوب دون ما علم، وأبقى للمبتاع حكم الرد بالعيب فيما علم به البائع وكتمه.

وإن كان عثمان بن عفان، رضى الله عنه، لا يشك فى فضل عبد الله بن عمر وأنه لا يرضى بكتمان عيبه والتدليس به، إلا أن الأحكام فى الحقوق والمعاملات جارية على حد واحد فى الصالح والطالح، وإنما يختلف حالهما فى الأحكام التى تتعلق بالتهمة، وظاهرها سالم.

ويحتمل أن يكون عبد الله بن عمر اعتقد أن البراءة المطلقة تبرئه فيما علم من العيوب، وما لم يعلم، فلم يسوغه ذلك عثمان، رضى الله عنه.

١٢٧٧ - أخرجه البغوى فى شرح السنة ١٤٨/٨. المغنى ١٧٨/٤. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٨.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالبائع بالبراءة على ضربين، أحدهمـا: أن يبيع بـالبراءة علـى الإطلاق، فهذا متى اطلع المبتاع على عيب فى المبيع، وادعى علـم البـائع، لزمتـه اليمـين إن علم بالعيب الذى اطلع علية المبتاع، لا خلاف فى هذا على المذهـب، وإن لـم يـدع علم البائع به، وسكت عن ذلك، أو قال: لا علم لى به، علم أو لـم يعلـم، فـإن الظـاهر أيضًا من المذهب لزوم اليمين للبائع للحكم ببراءة من ذلك العيب.

وهذا الظاهر من حديث عثمان؛ لأن المبتاع لـم يـدع العلـم، وإنما قـال: بـه داء لـم تسمه لى، فأوجب عثمان بن عفان لذلك اليمين دون أن ينقل إلينـا فـى الحديـث سـؤاله هل يدعى العلم أم لا، ويجىء على رواية ابن القاسم فـى رد اليمـين أن لا يمـين للمبتـاع على البائع، إلا بعد أن يدعى علمه بالعيب.

مسألة: روى عيسى بن دينار، عن ابن القاسـم فـى المدونـة: يحلـف علـى علمـه فـى العيب الظاهر والباطن، إلا أن يستدل بـأمر لا يشـك فـى كذبـه، فإنـه يـرد عليـه بقـول البينة. وقال ابن نافع: يحلف على علمه؛ لأنه لو شهد بأن العيـب كـان عنـد البـائع، لـم يرد عليه حتى يشهد عليه بأنه علم به.

مسألة: ويحلف على ذلك من الورثة من يظن بـه علـم ذلـك مـن صغـار الورثـة، ثـم يكبر فى الظاهر والخفى، رواه ابن حبيب، عـن مطـرف وابـن الماجشـون وأصبـغ. قـال أصبغ: وهو مذهب مالك، وظاهر اللفظ يقتضى عندى أنه كان صغيرًا يعلم بذلك عنـد التبايع، فلم يحكم فى الأمر، ولا وقع التنازع فيه حتى كبر.

والذى تقتضيه رواية ابن القاسم عن مالك فى الأيمان التى تنعقد على العلـم أنهـا لا تلزم الصغير ولا الغائب، وفعله أراد بالصغير من لا يفهم الأمر عند وقوعه لصغره.

وبلغنى أن أبا عبد الله بـن عـوف كـان يوجـب الأيمـان عليهمـا، ويقـول: لعلـه قـد بلغهما ذلك بخبر من أخبرهما حتى يتيقنا كمـا يحلفـان مـع شـاهدهما علـى مـا وجـب لموروثهما من الحقوق.

مسألة: فإن نكل البائع عن اليمين رد ثمن المبيع على المبتاع، ولم يـلزم المبتـاع يمـين، قاله مالك وجماعة أصحابه. وروى يحيى، عن ابن القاسم: تلزمه اليمين.

ووجه قول مالك أن المبتـاع لـم يـدع أمـرًا يـرد عليـه فيـه اليمـين، وإنما قـام بعيـب موجود، لم يبرأ إليه منه، والذى يبرئ البائع من ذلك العيب اليمين المذكورة، فإذا نكـل عنها، لم يكن له ردها.

ووجه رواية يحيى أن اليمين فى الرد بالعيوب إذا ثبت لها محل، فحكمها أن تنقل إلى محل آخر كسائر الأيمان المعلقة بها.

مسألة: وهذا فيما تيقن من العيوب أنه أقدم من زمن التبايع، ورواه ابن حبيب، عن مالك وابن القاسم وابن الماجشون ومطرف. وروى يحيى، عن ابن القاسم: يحلف البائع على علمه كما يحلف فيما تيقن قدمه.

وجه الرواية الأولى أنه إنما يستحلف على علمه فى حين التبايع، فإنه لا يصح أن يستحلف على تعلق علمه به.

ووجه الرواية الثانية أن نفى تعلق علمه بالعيب هو المقصود من يمينه، فإن كان موجودًا حين التبايع، فهو اليمين المتفق على إثباتها، وإن كان حدث بعد ذلك، فغير مؤثر فى يمينه أنه لن يعلم به.

فصل: وأما الضرب الثانى من البيع بالبراءة، فإن يشترط أن اليمين عليه، فهذا روى أشهب عن مالك أنه لا يمين عليه، إن وجد المبتاع عيبًا، وهذا عندى مبنى على جواز اشتراط التصديق فى القضاء وغيره.

فمن جوز اشتراط التصديق دون يمين قضى هاهنا بأن لا يمين على البائع، ومن لم يجوز اشتراط التصديق، فاليمين لازمة على كل حال.

فصل: وقوله: «**فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد**» لم يكن إباؤه عن اليمين؛ لأنه رضى الله عنه، كان دلس بعيبه، وعلمه، وفهمه، يقتضى معرفته بأن لا إثم فى يمين بارة، ولكنه لا يخلو من أحد أمرين، إما أنه اعتقد أن البيع بالبراءة يبرئه مما علم وما لم يعلم.

والثانى: التصاون عن اقتطاع الحقوق بالأيمان، وهكذا يجب أن يكون حكم ذوى الأنساب والأقدار.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ كُلَّ مَنِ ابْتَاعَ وَلِيدَةً، فَحَمَلَتْ أَوْ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، وَكُلَّ أَمْرٍ دَخَلَهُ الْفَوْتُ حَتَّى لا يُسْتَطَاعَ رَدُّهُ، فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ إِنَّهُ قَدْ كَانَ بِهِ عَيْبٌ عِنْدَ الَّذِى بَاعَهُ أَوْ عُلِمَ ذَلِكَ باعْتِرَافٍ مِنَ الْبَائِعِ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ يُقَوَّمُ وَبِهِ الْعَيْبُ الَّذِى كَانَ بِهِ يَوْمَ اشْتَرَاهُ، فَرَّدَ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرُ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحًا وَقِيمَتِهِ وَبِهِ ذَلِكَ الْعَيْبُ[1] .

---

(١) قال فى الاستذكار ١٩/٤٩: على هذا جمهور العلماء. وهو قول الثورى، والأوزاعى،=

الشرح: وهذا كما قال أن هذا مما أجمع عليه علماء المدينة وجميع علماء الأمصار أن من ابتاع شيئًا، فاطلع على عيب يمكن التدليس به، فإنه له الرجوع بقيمة العيب على تفسير يأتى بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وذلك أن العيوب على ضربين، ضرب: يمكن البائع معرفته، والثانى: لا يمكن معرفته. فأما ما يمكن البائع معرفته، فإنه يحكم على البائع فيه بحكم تدليسه به فى الرد بالعيب، ولا يفسد تدليسه به العيب خلافًا لمن قال بذلك.

والدليل على ذلك حديث المصراة الذى يأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى من الأصل، وهو قوله ﷺ: «ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد

=والشافعى، وأبى ثور. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إذا ولد الجارية، أو أعتقها كان له أن يرجع بأرش العيب، وإن وهبها، أو تصدق بها لم يكن له أن يرجع بشىء، وكذلك لو قبلها هو أو غيره، لم يرجع بشىء، وإن ماتت رجع بالأرش. قال أبو حنيفة، ومحمد: إن كان ثوبا، فخرقه، أو طعاما فأكله لم يرجع بشىء. وقال أبو يوسف: يرجع ما بين الصحة والعيب.

وجملة قول مالك فى ذلك أنه إذا دبر العبد، أو كاتبه، أو تصدق به، أو بالشىء المعيب ما كان، فهو فوت، يأخذ قيمة العيب. والرهن والإجارة، ليسا بفوات عنده، ومتى رجع إليه الشىء يرده إن كان لحاله، وإن دخله عيب مفسد رده، ورد ما نقص منه. والبيع ليس بفوت عنده. والهبة للثواب عنده كالبيع هاهنا، ولغير الثواب كالصدقة. وإن باع نصف السلعة، قيل للبائع: إما أن ترد نصف أرش العيب، وإما أن تقبل النصف الثانى بنصف الثمن، ولا شىء عليك غير ذلك.

وقال الشافعى: إذا باعه، أو باع نصفه لم يرجع على البائع بشىء وإن لحقه عتق أو مات، فله قيمة العيب، وإن لحقه عيب رجع بقيمة العيب، إلا أن يقبله البائع معيبًا.

وقال أبو حنيفة: إذا باع، أو وهب لم يرجع بأرش العيب، ويرجع فى العتق، ولا ستيلاد، والتدبير إذا طلع بعد على العيب، فخصمه على العيب.

وقال الليث: إذا باعه لم يرجع بالعيب، ولو مات، أو أعتقه رجع بقيمة العيب. وقال عبيد الله ابن الحسن فيمن اشترى عبدًا، فوجده مجنونًا لا يميز بعد أن اعتله أن يرجع بالثمن على البائع، والفلان المعتق. وقال عثمان البتى فى العتق، والبيع: يرجع بقدر العيب، إلا أن يبيعه بما اشتراه وأكثر، فلا يرجع بشىء، فإن باعه بأقل أعطى ما نقصه العيب ما بينه وبين وفاء ما اشتراه. وقال عطاء ابن أبى رباح: لا يرجع فى الموت، ولا فى العتق بشىء.

قال أبو عمر: قد أجمعوا أن المبتاع إذا وجد العيب لم يكن له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب، فدل على أن العيب لا حصة له من الثمن، وكان القياس على هذا أن يرد المعيب ما كان موجودًا، فإن مات لم يرجع بشىء إلا أن هؤلاء الفقهاء المذكورين اتفقوا أنه يرجع فى المعتق بقدر العيب. انتهى.

أن يحلبهـا، إن رضيهـا أمسـكها، وإن سـخطها ردهـا وصاعًـا مـن تمـر»[*]، فـأثبت لــه إمساكها، إن رضيها، وهذا يدل على صحة العقد، ولو كان العقد فاسـدًا لـم يكـن لـه إمساكها.

ومن جهة المعنى أن نقص المبيع عمـا عقـد عليـه، لا يوجـب فسـاد العقـد، كمـا لـو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب، فألفاها تسـعة أو اشـترى صـبرة علـى أن فيهـا عشرة أرادب، فألفاها تسعة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبتاع إذا طلـع علـى عيـب، لا يخلـو مـن ثلاثـة أحـوال، أحدها: أن يكون المبيع بحسبه، لم تدخله زيادة ولا نقصـان. والثـانى: أن يدخلـه ذلـك، ولم تفت عينه. والثالث: أن تفوت عينه.

فأما الحال الأولى، فالمبتاع بالخيار بين أن يرد المبيع، ويرجع بجميع الثمـن، أو يمسـكه معيبًا، ولا شيء له من الثمن.

والأصـل فـى ذلـك حديـث المصـراة، وهـو قولـه ﷺ: «بخـير النظريـن إن رضيهـا أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[١].

مسألة: وإذا ابتاع رجلان عبدًا فى صفقة واحدة، فاطلعا على عيب، ثبت لهما خيار الرد بالعيب، فإن أراد أحدهما الرد، وأبى منـه الثـانى، فعـن مـالك فـى ذلـك روايتـان،

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢١٤٨. مسـلم حديـث رقـم ١٥١٥. النسـائى فـى الصغـرى حديث رقـم ٤٤٨٧. أبـو داود حديـث رقـم ٣٤٤٣. أحمـد فـى المسـند حديـث رقـم ٧٢٦٣، ٩٠٥٥، ٩١٦٠.

(١) أخرجـه البخـارى فـى البيـوع ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، الشـروط ٢٧٢٧. ومســلم فــى النكـاح ١٤١٣، البيـوع ١٥١٥، ١٥٢٤. والترمذى فــى النكــاح ١١٣٤، البيــوع ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٥١، ١٣٠٤. والنسائى فى النكاح ٣٢٣٧، البيــوع ٤٤٨٥، ٤٤٨٦، ٤٤٨٧، ٤٤٨٩، ٤٤٩٤، ٤٤٩٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٤، ٤٥٠٥. وأبـو داود فـى البيـوع ٣٤٣٧، ٣٤٣٨، ٣٤٤٣، ٣٤٤٤، ٣٤٤٥. وابـن ماجـه فــى التجــارات ٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٨، ٢٢٩٣. وأحمد فى باقى مسـند المكثرين ٧٢٠٧، ٧٢٦٣، ٧٣٣٣، ٧٤٠٦، ٧٤٧١، ٧٦٤١، ٧٦٧٠، ٨٠٣٩، ٢٧٤٢٩، ٨٥٠٥، ٨٧٨٠، ٨٨٧٦، ٨٩٦٩، ٩٠٥٥، ٩١٦٠، ٩٢٧٥، ٩٦٣٥، ٩٦٧٥، ٩٧١٦، ٩٨٧٥، ٩٨٩٦، ٩٩٤٣، ١٠١٣٨، ١٠٢٠٨، ١٠٢٧١، ١٠٤١٧، ١٠٤٦٣. والدارمى فـى البيـوع ٢٥٥٣، ٢٥٦٦. والدارقطنــى ٣/٧٤، عــن أبــى هريرة. وابن أبى شيبة ٦/٣٩٩، عن أبى هريرة.

إحداهما: له ذلك، وهى رواية ابن القاسم، وبها قال الشافعى. وروى عنه أشهب: ليس له ذلك، وبه قال أبو حنيفة.

والكلام فى هذه المسألة، يشتمل على ثلاثة فصول، أحدها: أن بيع الواحدة من اثنين بمنزلة عقد على رواية ابن القاسم، وبمنزلة عقد واحد على رواية أشهب. والفصل الثانى: أن البائع إذا أوجب لهما، فإن لأحدهما القبول دون الثانى، على رواية ابن القاسم، وليس له ذلك على رواية أشهب. والفصل الثالث: تعيين المسألة.

فوجه رواية ابن القاسم أن هذا عقد فى أحد طرفيه عاقدان، فكان بمنزلة العقدين. أصله إذا باع اثنان من واحد.

ووجه الرواية الثانية أن البيع إنما وجب فى جميع العقد، فلا يجوز لمن ابتاع منه أن يقبل بعضه كالواجب فيه لواحد، لم يكن له أن يقبل بعضه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فلا تفريع فيه، وإذا قلنا برواية أشهب، فإن أراد أحدهما الرد، وأراد الآخر الإمساك، فإن رضى البائع بذلك، فلا مرية أن لمن لم يرد الرد التمسك بحقه، ويكون البائع شريكه فيما رده عليه المشترى الآخر.

وليس للمتمسك أن يأخذ بعيب الراد؛ لأن الراد ملكه، فلما رده على البائع، انتقض البيع فيه، فيرجع على ملك البائع، وليس للمتمسك طريق إلى ملكه، فلا حجة له فيه.

وإن أبى البائع من تبعيض صفقته، فقال أشهب: القياس فى مسألة ورثة المشترى، الخيار بين أن يردا جميعًا، أو يمسكا جميعًا، واستحسن لمن أراد التمسك، وأراد أن يأخذ نصيب الراد، أن يكون ذلك له.

وقال ابن المواز: لا كلام للبائع، إذا لم يرد أخذ نصيب الراد، دون التمسك، وللمتمسك أخذ نصيب الراد.

وحكى القاضى أبو محمد، عن المذهب أنه إذا أبى أحد المبتاعين من الرد مع صاحبه، لم يكن لصاحبه الرد، وكان له الرجوع بقيمة العيب، وهذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب إذا رد أحد المتبايعين، أن يقال للبائع: إما أن تجيز له رد نصيبه، وإما أن ترد عليه ما يصيبه من قيمة العيب.

مثل ما حكى ابن القاسم، عن مالك فى الذى يشترى عبدًا، فيبيع نصفه، ثم يطلع على عيب، فيريد الرد، فإنه يقال للبائع: إما أن تجيز رد النصف الباقى بيده، أو ترد عليه نصف قيمة العيب، وهذا مقتضى القياس على قول أشهب.

ويحتمل عندى أن يكون هذا معنى قوله: إما أن يردا جميعًا، أو يمسكا جميعًا، ولم يبين حكم ذلك القياس إذا رد أحدهما وأمسك الثانى. وقال ابن وهب: إن أراد أحدهما الرد، وأباه الثانى، تقاوماه؛ لأن البائع لا يقبله إلا كله.

وفى هذا الضرب من العيوب أربعة أبواب، الباب الأول: فى بيان العقود التى يثبت فيها الرد بالعيب. والباب الثانى: فى بيان العيوب التى يجب بها الرد، وتمييزها من غيرها. والباب الثالث: فى بيان ما يحدث بالمبيع مما يثبت للمبتاع به الخيار فى الرد بالعيب، والتمسك بالمبيع أو الرجوع بقيمة العيب. والباب الرابع: فى بيان المعانى التى يفوت بها الرد بالعيب جملة.

* * *

الباب الأول فى بيان العقود التى يثبت فيها الرد بالعيب

العقود على ثلاثة أضرب، عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح، فهذه يثبت فيها حكم الرد بالعيب. والضرب الثانى: عقد مختص بالمكارمة، ونفى العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة، فهذا لا يثبت فيه حكم الرد بالعيب. والضرب الثالث: عقود ظاهرها المكارمة، ولها تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب، فهذه حكى القاضى أبو إسحاق، عن عبد الملك: أن الموهوب له لا يرد بعيب، وعن المغيرة مثل ذلك، ولا فى العيب المفسد.

ووجه ذلك أن هذه عقود جرت العادة بأن يكون العوض فيها أكثر من قيمة الموهوب، وهذا ينافى الرد بالعيب لمدة؛ لأن مقتضى ذلك المسامحة والمكايسة.

* * *

الباب الثانى فى بيان العيوب التى يجب بها الرد وتمييزها من غيرها

العيوب التى يثبت بها الخيار فى الرد بالعيب بجملة، وذلك أن خيار الرد بالعيب على ضربين، أحدهما: أن يثبت بغير شرط. والثانى: لا يثبت إلا بشرط. فأما ما يثبت بغير شرط، فهو لكل عيب فى المبيع ينقص ثمنه، وهو على قسمين، قسم: هو نقص فى عين المبيع. والقسم الثانى: نقص فى غير عينه، لكنه ينقص ثمنه.

فأما ما هو نقص فى عينه كالعور، والعمى، وقطع يد، أو رجل، أو إصبع، ووجد الظفرة فى العين، أو البياض، والصمم، والخرس، والبكم، إلا فى الصغير الذى لا يتبين أمره، والعسر فى العبد بأن لا يعمل بيمناه، والبخر فى الفم فى الذكر والأنثى.

مسألة: وأما الأضرس، فإن نقص الضرس الواحد عيب فى الرائعة، حيث كان، وليس بعيب فى غير الرائعة، إلا أن يكون فى مقدم الفم أو ينقص ضرسان، حيث كانا، فإنه عيب فى الذكر والأنثى.

ووجه ذلك أن الضرس الواحد لا يؤثر كبير نقص من جهة الخلقة، إلا أنه ينقص من ثمن الرائعة؛ لأنه يتقى منه تغير الرائحة حيث كان فى أكثر الأوقات، وإذا كان فى مقدم الفم، فإنه يقبح منظره، فاستوى فى ذلك الرائعة وغيرها.

والضرسان مؤثران، ومانعان من قوة الأكل وعجلته، لاسيما فيما يحتاج إلى شدة مضغ، وهذه المعانى والأسباب إنما تعتبر بنقص الثمن فيما ينقص هو عيب الرد، وما لا ينقص الثمن، فلا حكم فيه للرد.

مسألة: وأما الثيب، ففى كتاب ابن المواز: ترد به الرائعة، ولا يرد به غيرها. قال ابن المواز: وهذا فى الشابة. وقال ابن حبيب، عن مالك: لا ترد الرائعة، إلا بكثيره.

ويحتمل أن تكون الروايتان قولاً واحدًا؛ لأن اليسير من الشيب ليس بعيب؛ لأنه كثير شائع كالخال يكون، والشعرة والشعرتان تبدو مما لا يسمج، ولا يرى إلا مع فرط التأمل والتفتيش. وأما الكثير، فإنه مؤثر فى الجمال، فاختص بالرائعة دون غيرها.

مسألة: وأما الاستحاضة، فعيب فى على الرقيق ووخشه. وقال ابن حبيب: إن كانت الاستحاضة تعتريها المرة بعد المرة، فعلى البائع أن يتبين، وإلا فهو عيب ترد به.

ووجه الفرق بينهما أن دم الاستحاضة مما يكره، وتلحق المشقة فى المتوقى منه، وليس فى ارتفاع الحيض شىء من ذلك، والذى يقتضيه مذهب المدونة: أن ذلك سواء.

فرع: فإن استحيضت الأمة لم يكن ذلك عيبًا ترد به، حتى يثبت أنه كان عند البائع، وأنه إن لم يظهر إلا فى الدم الذى وقع به الاستبراء، فقد قال ابن المواز: لا ترد به؛ لأن بالحيض قد لزمت المبتاع، فما حدث بعد ذلك من استحاضة أو غيرها لزمه، وهذه الاستحاضة التى يكون عيبًا. قال ابن المواز، عن مالك: شهران، وهذا فى الجملة على قدر ما ينقص ثمنها.

مسألة: وأما ارتفاع الحيض، فالمشهور من ذلك، أنه إذا أتى من ذلك ما فيه على المبتاع ضرر، فإنه يرد به، ولا خلاف فى ذلك فى المذهب، إلا ما قاله ابن حبيب قبل هذا: أن ارتفاع الحيض المرة بعد المرة، لا يلزم البائع التبرى منه، وليس للمبتاع الرد به.

ويحتمل أن يكون ما ذهب إليه ابن القاسم فى المدونة فى تـأخره فـى مـدة الاستبراء حتى يلحق به الضرر، وما قاله ابن حبيب فى التى لم يـأت منـه فـى مـدة الاستبراء مـا خالف المعهود، وإنما اطلع على أنـه قـد كـان يتـأخر عنهـا المـرة بعـد المرة، والله أعلـم وأحكم.

مسألة: والحمل عيب فى المرتفعة، ولا خلاف فى ذلك، وأمـا الوخـش، فـروى ابـن القاسم، عن مالك: أنه عيب. وقال ابن كنانة: ليس بعيب فيهن، ورواه أشهب عـن مالك.

وجه القول الأول أنه عيب ينقص من الثمن، فثبـت بـه حكـم الـرد بـالعيب كسـائر العيوب.

ووجه القول الثانى أنه عيب لا يؤثر فـى الوخـش. وقـد قـال مـالك فـى الحمـل فـى الوخش: لا يؤثر كبير تأثير، وربما لم يكن نقصًا فيهن، ولذلك يجـوز بيعـن بـالبراءة مـن الحمل.

وأصل المسألة تدور على هذا، فإن نقص من الثمن، رد بـه، وإلا فـلا. ووجـه آخـر، وهو أنه لو ابتاعها فى جملة رقيق لم يردها بعيب الحمل، رواه ابـن القاسـم، عـن مـالك فى العتبية.

فرع: فإذا قلنا إنه يرد بالحمل، فكيف يكون وجه الرد به؟ فى المبسوط: إن ظهر بهـا حمل، وجاء لستة أشهر من يوم قبضها المشترى لم يرد البيع، وإن ولدته قبل ستة أشـهر، كان له الرد.

وجه ذلك أنها إذا ولدت لسـتة أشـهر مـن يـوم البيـع، جـاز أن يكـون حـدث عنـد المبتاع، فصار له حكم ما يقدم، ويحدث من العيوب، فإن ولدتـه لأقـل مـن سـتة أشـهر على أنه عيب قديم أقدم من أمد التبايع يثبت الرد به.

فصل: وأما الزعر، فإنه عيب يـرد بـه. قـال ابـن المـواز: وإن كـان فـى غـير العانـة، واختلف أصحابنا فى تعليل ذلك، فقال سحنون: لأنه يذهب بلذة الوطء، وهذا يقتضـى اختصاصه بالفرج. وقال ابن حبيب: لا تتقى عاقبته من الداء السوء، يعنى الجذام.

مسألة: وإن كان آباء الرقيق المبيع مجذوم أو مجذومة، فهو عيب بـه، وخشًـا كـان أو رائعًا، رواه ابن حبيب، عن مالك، وذلك أنه يتقى سرايته إلى الولد.

وأما إن كان أحد أجداد الأمة أسود، فقد روى أشهب: لا رد له، وإن كانت ذات عيب. وفي الواضحة عن مالك: أنه عيب في الرائعة، قال: لما يتقي أن يخرج ولده منها أسود.

مسألة: وأما عيوب الدواب الذي يزهد فيها وينقص من أثمانها، فإن كان خلقة كالعور، والجرد، أو حادثًا كالرمض، والدبر، وما كان مثل ذلك من العيوب، فإنه يرد به، وكذلك سائر المبيعات غير الرباع، فإن ما وجد فيها من عيب ينقص ثمنها، فإنه يثبت به خيار الرد بالعيب.

مسألة: وأما الدار، فإن وجد بها صدعًا، قال ابن القاسم: أما ما يخاف منه سقوط الدار، فيرد به، وإلا فلا.

قال الشيخ أبو محمد: العيوب في الرباع، ثلاثة أضرب، أحدها: أن تستغرق معظم الثمن، فهذا يرد به، ويرجع بالثمن. والثاني: أن لا ينقص من الثمن، فهذا لا يرد به، ولا يرجع بقيمة العيب فيه. والضرب الثالث: أن ينقص من الثمن، ولا ينقص معظمه، فهذا يرجع بقيمة العيب، ولا ترد به الدار. ورأيت لبعض أصحابنا الأندلسيين، أنه ترد به.

واختلف القائلون بقول أبي محمد في تعليل ذلك، فقال أبو محمد: إن الدار تخالف سائر المبيعات، بدليل أنه إذا استحق منها اليسير، لزم الباقي بالثمن، ولو استحق من العبد اليسير، لم يلزم لباقي بالثمن.

ووجه ثان أنه لو أطلق أحد العقد فيها واستحق أحد جدرانها الأربع، لم يرجع المبتاع في شيء من الثمن. وقال غيره: العلة في ذلك أنها لا تتخذ غالبًا إلا للقنية، فليس المقصود منها الأثمان.

ووجه قول من ساوى بينهما أن هذا بيع وجد به عيب ينقص الثمن، فيثبت فيه خيار الرد بالعيب، ما لم يفت كالحيوان.

فصل: وأما ما ينقص ثمن المبيع، ولا ينقص جسده كالإباق والسرقة وشرب الخمر، أو الحد فيه في الرقيق والزنى في الأمة، والحران في الفرس، أو النفار المفرط في الدواب، أو قلة الأكل المفرط فيها، فإن ذلك عيب، يرد به المبيع.

فأما الزنى في العبد، فعند مالك، أنه عيب يرد به، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يرد به.

والدليل على ما نقوله أنه زنى وجد فى مملوك، فكان لمن ابتاعه أن يرده كما لو كان جارية.

مسألة: وأما البول فى الفراش فى حال الكبر، فعيب يرد به العبد والأمة، رائعين كانا أو غير رائعين، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يرد به العبد، وترد به الأمة. والدليل على ذلك ما تقدم ذكره.

فرع: ولا ترد بالبول فى الفراش إلا ببينة تشهد أنها كانت تبول عند البائع، ولا يحلف البائع على نفى ذلك إلا بشبهة، مثل أن توضع على يد امرأة ورجل له امرأة تنظر إليها، فتخبر بذلك المرأة أو الرجل، فيجب اليمين على البائع، وإن كان أتى المبتاع بمن تنظر إلى مرقدها بالغدوات مبلولاً، فلابد من رجلين؛ لأن هذا من معنى الشهادة، ثم يحلف البائع، قال ذلك كله ابن حبيب.

مسألة: التأنيث فى العبد، والترجل فى الأمة، عيب. قال ابن حبيب، عن مالك: معنى ذلك أن يكون العبد متخنثا، أو تكون الأمة مترجلة، كشرار النساء. فأما ترصيع كلام الرجل، وتذكير كلام المرأة، فلا يردان به.

وفى المدونة: يرد العبد، إن كان مؤنثًا، والأمة إن كانت مذكرة، واشتهر بذلك. قال الشيخ أبو محمد: فى قول ابن حبيب هذا خلاف ما فى المدونة. وقال بعض الصقليين: ليس ذلك بخلاف له.

مسألة: والدين على الأمة والعبد عيب، وكذلك الزوج للأمة. وقال الشافعى: لا يرد به.

ودليلنا أن هذا معنى يمنع الاستمتاع بالأمة، فيثبت به خيار الرد بالعيب كداء الفرج، والزوجة فى العبد عيب؛ لأن هذا يبطل على سيده منه حكمًا مقصودًا، وهو أن يزوجه من أمته.

وكذلك الولد الصغير والكبير، وكذلك الأب والأم؛ لأن كل واحد من هؤلاء يميل إليهم العبد والأمة، ويصرف إليهم فضل كسبه، وبعض قوته، فيضر ذلك بغلته وقوته.

وأما الأخ والأخت، وسائر الأقارب من الأعمام والعمات والأخوال والخالات، فلا يثبت بهم رد بعيب؛ لأن أمرهم أبعد، والضرر بهم أقل.

مسألة: وأما عثار الدابة، ففى المدنية من رواية عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة:

إن علم أن ذلك كان عند بائعها بشهادة أو إقرار، ردت عليه، وإن لم يعلم ذلك، وكان عثارها قريبًا من بيعها، حلف البائع أنه ما علم بذلك، وإن ظهر ذلك بها بعد زمان طويل، ومدة يحدث العثار فى مثلها، فلا يمين عليه.

فرع: وهذه العيوب كلها إنما يرد بها إذا ثبت أنها كانت فى ملك البائع، فإن لم يثبت ذلك، ودعا المبتاع إلى يمين البائع، وأن ذلك لم يكن عنده.

روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فى مسألة الإباق: لا يمين عليه. ورواه أشهب عن مالك فى مسألة الزنى والسرقة. وروى ابن المواز عن ابن القاسم فى السرقة والزنا: يحلف البائع على ذلك.

وجه نفى اليمين ما احتج به ابن القاسم من أن المبتاع إذا أبيح له ذلك، استحلف البائع كل يوم مائة مرة.

ووجه إثبات اليمين أنه عيب ثابت يشك فى قدومه وحدوثه، فلزم البائع اليمين؛ ليبرأ به منه كعيب وجده فى جسده، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما ما يثبت بالشرط، فهو على ثلاثة أضرب، أحدها أن يشترط المبتاع نطقًا. والثانى أن يصيب البائع به المبيع. والثالث: أن يكون ذلك عادة المبيع وعرفه. فأما ما شرطه نطقًا، فإنه إن اشترط الأعلى من جهته اليمين، فوجد خلافه، كان له الرد.

وإن اشترط الأدون، لم يكن له الرد إلا أن يكون له غرض يعرف، وذلك مثل أن يكون عنده عبد نصرانى، فيشترى أمة على أنها نصرانية، أو تكون عليه يمين أن لا يملك مسلمة. وقال الشافعى: له الرد بكل وجه. وقال أبو حنيفة: لا رد له فى شىء من ذلك.

ودليلنا على الشافعى أنه صار إليه المبيع على شرط وزيادة، فلم يكن له الرد بالعيب. أصل ذلك إذا شرط أنه أعور، فإذا هو يبصر بعينيه.

ودليلنا على أبى حنيفة أن هذا خرج له المبيع على غير الملة التى شرط، وله فى ذلك غرض صحيح، فثبت له الخيار كما لو شرط أنه مسلم، فخرج كافرًا.

مسألة: ومن اشترى عبدًا على أنه أعجمى، فألفاه فصيحًا، أو على أنه مجلوب، فألفاه مولدًا، ففى الواضحة عن أصبغ: له الرد به، زيادة كان أو وضيعة؛ لأن الناس فى المجلوب أرغب.

ومن هذا الباب ما روى على بن دينار، عن ابن القاسم فى الرقيق يجلب من طرابلس، فيدخل المصرى رأسًا بينهما، فيباع على ذلك، قال: أرى للمبتاع رده، وكذلك الدواب والحمير، وكذلك قال مالك فيمن خلط سلعته بتركة ميت، ولم يبين: أن للمبتاع الرد.

فصل: وأما ما يصف به البائع المبيع، أو يصف الرقيق به نفسه، مثل أن يقول: هى بكر، أو هى طباخة، ثم لم توجد على ذلك، فإنها ترد به.

ووجه ذلك أن المبتاع دخل على ما وصفت به، فكان ذلك بمنزلة الشرط.

فصل: وأما ما كان له عرف وعادة، فوجده على خلاف ذلك، مثل أن يشترى ناقة، يحمل على مثلها، فلما جاء أن يحمل عليها، لم تنض، فقد روى ابن المواز، عن مالك: له الرد.

ووجه ذلك أن المشترى لم يدخل فى هذا إلا على العرف والعادة من مثلها، فإذا كان مثلها يحمل، ولم يكن عذر مانع من عجف أو مرض، فقد خالفت المعهود من مثلها، وكان ذلك بمنزلة أن ينقص عضو من أعضائها.

مسألة: ومن اشترى قلانس، فوجد حشوها صوفًا، أو كانت من خرق بالية، قال أشهب، عن مالك: لا ترد؛ لأنها فى الأغلب لا تصنع إلا من ذلك.

زاد ابن المواز: فإن كان حشوها صوفًا بالرفيعة ترد، ولا ترد الدنية. وأصل ذلك كله العرف والعادة، إن جرت العادة فيه بأمر، فوجد أقل منه، كان له الرد به، وما وجد على ذلك، فعليه دخل، فلا يرد به.

قال أصبغ فيمن اشترى قميصًا، فوجد سابقه أدنى رقعة من بدنه أو كميه، وكذلك معقد السراويل إن كان متقاربًا، فله الرد، وإن كان غير ذلك لم يرد.

* * *

باب

وأما ما يحدث بالمبيع مما يثبت به الخيار للمبتاع فى الرد بالعيب أو الرجوع بقيمته، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

* * *

باب

وأما ما يفيت الرد بالعيب، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: أن يفوت المبيع من ملك البائع. والثانى: أن يكون باقيًا فى ملكه، ولكن تغير تغيرًا أحاله من جنسه. والثالث: أن يعقد فيه عقدًا يمنع من رده.

فأما الضرب الأول، فعلى قسمين، أحدهما: أن يخرج عن ملكه بغير عوض، مثل أن يموت أو يعتقه أو يتصدق به، فمع هذا كله قد فات الرد بالعيب لفوات العين، وخروجها عن ملكه، وله الرجوع بقيمة العيب؛ لأن البائع قد أخذ من مال المبتاع ما يقابل العيب من الثمن بغير ثمن، فكان له الرجوع به.

مسألة: فإن خرج عن ملكه قبل الرد بالعيب بعوض كالبيع أو الهبة للثواب، فلا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو غيره، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن، فلا تراجع بينهما فى تدليس ولا غيره، وإن كان بأقل من الثمن، رجع عليه ببقية الثمن، إلا بالأقل من البقية أو قيمة العيب.

وجه ذلك ما احتج به فى المدونة، أنه لو كان عنده لرد عليه، ورجع بجميع ذلك، وقد رده إليه، فكان له استيفاء جميع الثمن، وإن كان باعه منه بأكثر من الثمن الأول، فإن كان مدلسًا، فلا رجوع للبائع الأول على الثانى، وإن لم يكن مدلسًا، رده البائع الأول على الثانى، ثم رده عليه الثانى، فيكون التراجع بينهما فى الثمن.

مسألة: فإن خرج عن ملكه إلى غير البائع منه، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فقال ابن القاسم: ذلك فوت، ولا رجوع له بقيمة العيب، وبه قال الشافعى.

وقال ابن عبد الحكم: له الرجوع بقيمة العيب، واختاره القاضى أبو محمد. وقال أشهب: يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن، وحكوا ذلك عن مالك.

وجه ما قاله ابن القاسم ما احتج به أن المبتاع إذا باع، وقد علم بالعيب، فقد رضيه، وإن لم يعلم به، فلم ينقصه من الثمن.

ومعنى ذلك أنه انتقل إلى ملك بعوض صار إلى البائع عن جميعها، ولذلك إذا رجع المبتاع عليه بقيمة العيب كان له الرجوع على البائع منه؛ لأنه لم يبق عنده ثمن جميع ما صار إليه بالابتياع، وبهذا فارق العتق والهبة، فإنه لم يصل إليه عوض عن جميع ما ابتاع، فكان له الرجوع بقدر الجزء الذى لم يصل إليه من المبيع.

ووجه القول الثانى أن البيع إخراج للمبيع عن الملك، فكان فوتًا لا يمنع الرجوع بقيمة العيب كالعتق والهبة.

ووجه القول الثالث أن الذى كان يثبت للمبتاع لو كان بيده الرد بالعيب، والرجوع بجميع الثمن، فما أخذ من ثمنه حين باعه عوض عن ذلك، فإن كان فيه نقص كان عليه جبره، إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب، فليس له إلا قدر العيب.

مسألة: فإن تغير وهو باق على ملكه تغيرًا ينقله عن جنسه، فهل يكون فوتًا يمنعه الرد بالعيب أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، قالهما فى الصغير يكبر، والكبير يهرم، أحداهما: أنه فوت، وليس له إلا الرجوع بقيمة العيب على ما أحب البائع أو كره، واختارها ابن القاسم فى هرم الكبير. والثانية: ليس ذلك بفوت، وله الرد.

وجه الرواية الأولى أن ما كان مخرجًا للشىء عن جنسه حتى يجوز سلمه فيه، فإنه يفيت الرد بالعيب فيما لا مثال له؛ لتصيير الثوب خرقًا، والجلود خفافًا.

ووجه الرواية الثانية أن العين باقية فى ملك المبتاع، فلم يفت ردها بالعيب كما لو فقأ عينها أو قطع يدها.

فرع: فإذا قلنا إن ذلك فوت، فيجب أن يراعى فى الصغير والكبير ما يراعى فيهما من جواز تسليم صغير الجنس فى كبيره؛ لأنه مبنى عليه.

وأما فى الكبير يهرم، فحكى الشيخ أبو بكر، عن مالك: أن ذلك إذا ضعف، فذهبت قوته ومنفعته أو أكثرهما. قال القاضى أبو محمد: إذا هرم هرمًا لا منفعة فيه، أنه فوت للرد بالعيب.

والصحيح عندى من ذلك أنه إذا ضعف عن منفعته المقصودة، ولم يمكنه الإتيان بها أن ذلك فوت للرد بالعيب، ويرجع بقيمة العيب.

فرع: فإن قلنا بالرواية الثانية على ما اختاره الشيخ أبو محمد، فإنه يثبت له الخيار بين أن يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب، وبين أن يرده.

فأما فى الكبير يهرم، فيرد معه ما نقصه الهرم؛ لأنه قد حدث عنده نقص غير مفيت. وأما فى الصغير يكبر، فإنه يرده، ولا شىء له من الزيادة، لا يشاركه بها فى عينه، ولا يأخذ قيمتها منه؛ لأنه نماء من جنس المبيع، فلم يكن للمبتاع أن يشارك به البائع كالسمن.

مسألة: فإذا عقد فيه عقد يمنع رده، فإنه على ضربين، أحدهما: لا يتعقبه الرجوع إلى ملك البائع كالكتابة والاستيلاد والعتق إلى أجل والتدبير، فهذا له الرجوع بقيمة العيب؛ لأنه فوت على حسب ما تقدم.

والضرب الثانى: يتعقبه الرجوع إلى ملك البائع كالرهن والإجارة والإخدام، فهذا اختلف أصحابنا فيه، فروى سحنون، عن ابن القاسم: إنه إذا رجع إلى المبتاع، رده على البائع.

وقال أشهب: إن كان أمر ذلك يسيرًا رده على البائع، وإن كان بعيدًا، رجع بقيمة العيب. وروى نحوه أصبغ، عن ابن القاسم.

وجه رواية سحنون أن هذه مدة يتعقبها رجوع العبد إلى البائع، فلم يمنع الرد بالعيب كاليسيرة.

ووجه الرواية الثانية أن هذا معنى منع المبتاع من رد المبيع بالعيب، فكان فوتًا فى رده كالبيع.

مسألة: ولا يكون وطء الأمة فوتًا فى ثيب، ولا بكر، هذا المشهور من المذهب. وروى عنه ابن حبيب: أنه فوت فيهما، وبه قال أبو حنيفة.

وجه القول الأول أن هذا استمتاع، فلم يمنع الرد بالعيب كالقبل والملامسة.

ووجه القول الثانى إجماع الصحابة عند القائل بذلك، قال: لأن الصحابة بين قائلين، قائل يقول: يردها، ويرد معها مهر المثل، وبه قال عمر بن الخطاب. وقائل يقول: لا يردها، ويرجع بقيمة العيب، وبه قال على بن أبى طالب، فمن أحدث قولاً ثالثًا، وقال: يردها دون مهر، خالف إجماع الصحابة.

ومن جهة المعنى أن الوطء معنى لا يستباح بالبدل، فوجب أن يمنع الرد بالعيب كقطع اليد.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فإن البكر والثيب فى ذلك سواء. وقال الشافعى: إن وطء البكر يمنع الرد بالعيب دون الثيب.

والدليل على ما نقوله أن هذا وطء، فلم يمنع الرد بالعيب كوطء الثيب.

مسألة: إذا ثبت ما ذكرناه، فما وجد به العيب لا يخلو أن يكون مما له مثل أو مما لا

مثل له، فحدث به عند المبتاع معنى مفيت، ثم اطلع على عيب عند البائع، فقد قال ابن القاسم فى مسألة الدينار يقطعه، ثم يجد به عيبًا يرد مثله، ويرجع بثمنه، وقاله سحنون فيمن اشترى شعيرًا، فبعد أن زرعه، علم أنه لا ينبت: أنه يرد مثله، ويرجع بالثمن، فجعله مثل ما لا يفوت. وقال ابن حبيب: يرجع بقيمة العيب.

وجه قول ابن القاسم أن الفوات فى البيع الفاسد أثبت؛ لأنه لا يفوت بحوالة الأسواق، ثم ثبت وتقرر أن ما له مثل لا يفوت فيه، فبأن لا يفوت فى الرد أولى وأحرى.

ووجه قول ابن حبيب أن البيع إنما يتعلق بعين المبيع، والبيع الأول صحيح، وإذا نقض البيع برد المبيع، للعيب، فإنما ينقض الأول، فإذا فات المبيع، لم يصح نقض البيع بغيره.

فصل: ثم نرجع إلى شرح المسألة، قوله: «**وقامت البينة أنه قد كان فيه عيب عند الذى باعه أو علم بذلك باعتراف أو غيره**»، يريد أن قدم العيب يثبت ببينة شاهدته عند البائع معيبًا.

وقوله: «**أو غيره**» يحتمل أن يريد به شهادة أهل البصر والعلم بذلك أنه عيب لا يحدث فى مثل هذه المدة، ولا يخلو أن يكون العيب مما يطلع عليه الرجال، أو مما لا يطلع عليه الرجال، فإن كان مما يطلع عليه الرجال، فقد قال محمد وغيره: لا يثبت إلا بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها.

مسألة: وهذا إذا كان مما يستوى الناس فى معرفته، فإن كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم به كالأمراض والعلل التى تحدث بالناس مما لا يعرفها، ويعرف أحوالها، وقدر الغور فيها، والاستضرار بها، وتمييز ما جرت العادة بسرعة البرء منها، وما جرت العادة بتقرر ذلك أو غيره فيها مما ينفرد الأطباء بمعرفته، فإنه لا يقبل فيها إلا أقوال أهل المعرفة بذلك.

فإن كانوا من أهل العدل، فهو أتم، وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل، قبل فى ذلك قول غيرهم، وإن كانوا على غير الإسلام؛ لأن طريق هذا الخبر لما ينفردون بعلمه.

فصل: وإن كان مما لا يطلع عليه الرجال كالعيوب تكون فى جسد المرأة أو أحد فرجيها، فإن كان فى جسدها، فقد اختلف فيه، فالظاهر من قول مالك أن ما تحت الثياب من العيوب، يقبل فيه شهادة امرأتين.

وقال سحنون: ما كان فى الجسد، بقر عنه، فنظر إليه الرجال، وما كان فى أحد الفرجين، شهد فيه النساء.

وجه القول الأول أنه موضع منع الرجال من النظر إليه، فجاز أن تقبل فيه شهادة النساء كالفرجين.

ووجه قول سحنون أن الجسد وإن كان عورة، فهى عورة مخففة، فجاز أن ينظر إليها الرجال للضرورة كما ينظرون إلى وجهها للضرورة، ولما منع الرجال من النظر إلى ما صح من جسدها بقر الثوب؛ ليتوصل بذلك إلى موضع الحاجة، ويبقى الباقى على حكم المنع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أنه إن أمكن ستر ما حواليه، وإظهار موضع العيب خاصة، استغنى عن بقر الثوب وإفساده.

فرع: فإذا كان العيب الذى يشهد به النساء مما يستوى النساء فى تمييزه، قبل فيه شهادة امرأتين من عدول النساء دون يمين؛ لأنها شهادة كاملة، وإن كانت من العيوب التى يتفرد بمعرفتها وميزها أهل العلم، شهدت امرأتان بصفتها، وسئل أهل العلم بذلك عن حكمها، فيثبت الحكم بقولهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ثبت العيب بشهادة من تقبل شهادته، فلا يخلو أن يكون مما يحدث عند المبتاع لقدم أمر التبايع، ونفيهم حدوث العيب، فلا رجوع للمبتاع بشىء منه، إلا ما قدمناه فى العهدة على ما تقدم من التأويل، وإن شكوا فى ذلك، فلا يخلو أن يكون من العيوب الظاهرة أو الخفية.

فإن كان من الظاهرة، فقد قال ابن القاسم: يحلف البائع على البت، أن هذا العيب لم يكن عنده، ويحلف فى العيب الخفى على علمه. وقال ابن نافع فى المدنية: يحلف بالبت، ولم يفرق بين ظاهر وخفى.

واحتج لذلك بأن المشترى لو شهد له بأنه كان عند البائع؛ لكان له الرد به، وإن لم يعلم البائع به، فيجب أن لا يبرئه أن يحلف على أن ما رد عليه مما لم يعلم به، وهذا غير لازم؛ لأنه إنما يرد عليه إذا ثبت أنه كان عنده.

وإذا لم يثبت ذلك، ولم يحلف على البت فى نفيه أنه غير عالم بقدومه ولا حدوثه، لم يلزم رده عليه؛ لأنه ليس فيما تقدم ما يوجب الرد، فلا يلزمه أن يحلف فى نفسه على البت. وقال أشهب: لا يحلف فى الظاهر والباطن إلا على علمه.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه إن كان علم بـه، فهـو حـانث، وإن كـان لـم يعلم به، لم يلزمه فى الرد حين يثبت قدمه، فلا يجب عليه أن يحلف إلا على علمه.

فرع: إذا قلنا بقول ابن القاسم فى العيوب الظاهرة، وسأل ابن حبيـب سـحنونًا عـن الحفر فى الفم والأضراس الساقطة، والعيب فى الفرج، وجرى الجـوف علـى هـذا مـن العيوب الظاهرة التى يحلف فيها على العلم، قال: سئل عن ذلك أهل الصنعة والمعرفة.

مسألة: فإن نكل البائع عن اليمين، وكان من العيوب الظـاهرة أو الخفيـة، فقـد روى عيسى، عن ابن القاسم: يحلف المبتاع فى الوجهين على العلم أنه ما حدث ذلـك عنـده، ويكون له الرد.

هذا الذى ثبت فى كتاب الموازية من رواية عيسى، عن ابن القاسم، إن كـان العيـب خفيًّا، حلف المبتاع على علمه، وإن لم يكن خفيًّا، حلف المبتاع ورده، ولـم يذكـر يمينـه على البت أو العلم، والتقسيم يقتضى أنها على البت. وروى يحيى بن يحيى عـن القاسـم مفسرًا يحلف فى الخفى على العلم، وفى الظاهر على البت.

وروى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن نافع: يحلـف المبتـاع فـى العيـوب علـى البـت، ولم يفرق، وبه قال ابن أبى حازم، وغيره من المدنيين.

فتحتمل روايـة عيسـى الأولى وجهـين، أحدهمـا: أن تكـون موافقـة لقـول أشـهب. والوجه الثانى أن يفرق بين البائع والمبتاع، فإن التدليس، إنما ينكر مـن جهـة البـائع دون جهة المبتاع.

مسألة: فإن نكل المبتاع عن اليمين، ففى المدنية من رواية عيسـى، عـن ابـن القاسـم: يلزمه البيع، وهذا يقتضى أنه ليس له بعد النكول الرجـوع إلى اليمـين، وفيهـا قـول ابـن نافع: إن نكل المبتاع، لم يرده أبدًا حتى يحلف، وهذا يقتضى أن له اليمين بعد النكول.

مسألة: فإن ظهر على عيبين، أحدهما قديم، والآخر يشك فـى قدمـه، فعلـى المبتـاع أن يحلف أنه لم يحدث عنده بخلاف إذا لم يكن ثم عيـب قديـم، للمبتـاع الـرد، وفسـخ البيع، والبائع مدع، عليه أرش العيب المشكوك فيه، فإن لم تقم له بينة بحدوثـه، فـاليمين على المبتاع فى إنكاره، وإذا لم يكن ثم عيب قديـم، فليـس للمبتـاع رد، إلا بمـا يدعيـه المشكوك فيه، فإن قامت له بذلك بينة، وإلا حلف البائع على إنكاره.

مسألة: وإن أقام المبتاع شاهدًا واحدًا على قدم العيب، حلـف مـع شـاهده، ويكـون

يمينه على البت، وإن كان عيبًا خفيًا، قاله ابن المواز، فإن نكل المبتاع عن اليمين حلف البائع. وقال ابن المواز: يحلف على البت. وقال أصبغ: يحلف على العلم.

وجه قول ابن المواز أن الشاهد شهد على القطع، فيجب أن يكون يمين الشهود له موافقًا لشهادة شاهده، فإن نكل، ردت تلك اليمين بعينها على البائع، فلزمه أن يحلف على البت.

ووجه قول أصبغ أن يمين المبتاع موافقة لشهادة الشاهد، فلذلك لزم أن تكون على حكمها، وليس كذلك يمين البائع، فإنها على خلافها، فبقيت على حكمها.

فصل: وإن شهد الشهود بأنه أقدم من أمد التبايع، فلا يخلو أن يكون المبتاع ممن يظن به أنه لا يخفى عليه، ويتهم فيه أو يكون عدلاً عالمًا به، أو يكون غير عالم، فإن كان عالمًا بذلك منهما فيه كالنخاسين والدلالين، فروى ابن المواز وابن حبيب، عن مالك: أنه يلزمهم.

وقال ابن المواز: فيما علموا أو لم يعلموا. وقال ابن حبيب: فى الظاهر والخفى؛ لبصرهم بالعيوب. وقال ابن القاسم: إن كان مثله يخفى، أحلف ما رآه، وكان له الرد، وإن كان على غير ذلك، لزمه.

وجه ما قاله مالك أن بصرهم بذلك، وتكرز دروسهم عليهم فيه، يدل على أنه لم يخف عليه فى الأغلب، مع ما هم عليه من استحلال ما لا يحل، والرضا برد عيب قد علموه وارتضوه.

وجه قول ابن القاسم أن الخفى من العيوب قد يخفى عليهم، فيحلفون استبراء لهم، ويكون لهم الرد.

مسألة: فإن كان المبتاع بصيرًا بالعيب غير متهم لتصاونه، أو تدينه، أو متهمًا غير بصير، كان له الرد بالعيب الظاهر الخفى، دون يمين، طال مكث السلعة أو لم يطل، قاله ابن المواز.

فإن ادعى البائع أن المبتاع قد رضى بذلك، وادعى أنه أخبره أو أراه إياه، لزمت المبتاع اليمين، فإن حلف، رد بالعيب، وإن نكل، حلف البائع، وبرئ به.

مسألة: فإن لم يدع أنه أراه إياه، فلا يخلو أن يدعى أنه بلغه رضا المبتاع به أو لا يدعى ذلك، فإن ادعى ذلك، فهل يحلف المبتاع أم لا؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أنه يحلف. وروى ابن المواز، عن أشهب: حلف أنه تبرأ إليه منه، فرضيه.

وجه رواية ابن القاسم أن البائع قد ادعى دعوى يبرأ بمثلها؛ لأنه يصح أن يرد عليه فيها اليمين، فيحلف ويبرأ، وليس كذلك إذا ادعى أنه رأى المبتاع، ولم يدع طريقًا يعرف به ذلك؛ لأنه يصح رد اليمين عليه بمثل هذه الدعوى، فلم يلزم اليمين بها.

ووجه قول أشهب أن دعوى البائع فى ذلك لا يبرأ به، وإنما يبرأ بأن يدعى البراءة، يدل على ذلك أنه حلف لقد أخبره مخبر، لم يسقط الطلب عنه، وإنما يثبت بذلك اليمين على المبتاع.

ولا يثبت من الأيمان إلا ما يتوصل به إلى استيفاء حق أو البراءة منه، ولا يثبت منه ما يتوصل به إلى وجوب الأيمان، ألا ترى أن رجلاً لو ادعى قبل رجل حقًا، فلما كلف إثبات الخطة، ادعاها، وأراد أن يثبت بيمينه؛ ليتوصل بذلك إلى يمين المدعى عليه، لم يكن له ذلك، فكذلك فى مسألتنا مثله.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فإن يحيى بن يحيى روى عن ابن القاسم: أنه يحلف، لقد أخبره مخبر، واشترط فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبره مخبر صدق.

ووجه ذلك أن يسلم من الألغاز؛ لأنه يحتمل أن يقيم صبيًا أو إنسانًا أو مسخوطًا يخبره بذلك، فيورى على ذلك بيمينه، قال: وإن أظهر الذى أخبره بذلك، لزم اليمين المدعى عليه.

وإن كان المخبر مسخوطًا، فكان يجب على هذا التعليل أن ينظر فى حال المخبر، فإن كان مما لا يعبأ بقوله، ويمكن أن يجاهر باختلاف مثل هذا، لم تجب بخبره على المبتاع، وإن كان ممن يعبأ بقوله، ويظن به تحرى الصدق، والحياء من اختلاق الكذب، والمجاهرة به، أوجب خبره اليمين، والله أعلم وأحكم.

فصل: فإن اتفق الشاهدان على تاريخ العيب، واختلف المتبايعان فى تاريخ العيب، فعلى قول أشهب: القول قول البائع انتقد أو لم ينتقد، فهو مدع استحقاق، قبض الثمن من المبتاع، والمبتاع ينكر ذلك.

وهذا الأصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم وقول أشهب، كل واحد منهما، قد قال بالقولين، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن اختلف فى عين السلعة، فلا يخلو أن يكون مما يعرف عينه أو مما لا يعرف عينه، فإن كان يعرف عينه كالحيوان والثياب، فالقول قول البائع إذا أنكر أن

تكون سلعته، يحلف على البت، أو إن كان مما يعرف من المكيل والموزون والمعدود، فلا يخلو أن يكون من الأثمان أو غيرها.

فإن كانت من الأثمان، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فروى ابن حبيب، عن ابن القاسم أن الدافع يحلف على علمه فى الغش والنقص صيرفيًا كان أو غيره. وحكى عن ابن الماجشون: أن الصيرفى يحلف على البت، وأن غيره يحلف فى الغش على العلم، وفى النقصان على البت. قال: ولم يختلفوا أن اليمين فى نقصان العدد على البت.

وجه قول ابن القاسم أن انتقاد القابض، واستيفاء الوزن، ومفارقته للدافع على أنه قد استوفى بذلك عدده، يضعف دعواه الغش والنقص فى الوزن.

ولو ادعى عدم معرفة تلك الأعيان فما دونها، فيحلف على أنه لا يعرفها؛ لأنه إن عرفها وميزها أعيد النظر إليها، والوزن لها، ويستوفى تمييز أعيانها وأنها هى التى دفع الصيرفى أو غيره، فاستوفى.

ووجه قول ابن الماجشون أن معرفته بالغش والغبن، وتجويز الوزن، ومباشرته له فى الأغلب، يوجب عليه اليمين على البت أنه قد وفاه جيدًا وازنًا، وليس عليه أن يحلف على البت فى ميز أعيانها.

ووجه قول ابن كنانة فى التفرقة بين الغش والوزن، أن الذى ينفرد الصيرفى بمعرفته هو الغش، وأما الوزن فإن جميع الناس يستوون فيه، فلذلك استووا فى صفة اليمين.

فصل: وقوله: «**فإن العبد أو الوليدة تقوم، وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه، فيرد من الثمن ما بين قيمته صحيحًا وقيمته، وبه ذلك العيب**»، يريد أنه يقوم بقيمته يوم التبايع سليمًا من العيب، ثم يقوم بقيمته ذلك اليوم، وبه العيب، فينظر كم بين القيمتين، فإن كان ربعها رجع بجميع الثمن، وإن كان أقل أو أكثر، فيحسب ذلك.

وذلك أن المبتاع اشترى السلعة، والتغابن لازم فى البيوعات؛ لأنها مبنية على ذلك، فقد أصاب العيب جزءًا من الثمن الذى ابتاع به الجملة، فيجب أن يرد من الثمن ذلك المقدار، فإن كان العيب خمس المبيع، رد خمس الثمن، وإن كان أكثر أو أقل، فبحسب ذلك، ولا سبيل إلى تقدير العيب به من الجملة إلا على ما ذكرناه.

وهذا إذا دخل المعيب وجه من وجوه الفوت كالموت والعتق وسائر ما قدمنا ذكره، أو دخله معنى يثبت به الخيار للمبتاع، من نقص يوجب أن يرد المعيب مع النقص الحادث أو يمسكه، ويرجع بقيمة العيب.

فأما إن لم يدخله شىء من ذلك، فليس للمبتاع إلا رده، ويرجع بجميع ثمنه أو الإمساك، ولا يرجع بشىء، فإن أراد البائع أن يدفع إليه الأرش، ولا يرد عليه المبيع بالعيب، لم يكن له ذلك، ما لم يتفقا عليه، فإن اتفقا عليه، جاز، خلافًا لابن شريح فى منعه ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يسقط إلى مال مع الفوات، فجاز أن يسقط إلى مال مع الإمكان كالخيار فى القصاص.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى الرَّجُلِ يَشْتَرِى الْعَبْدَ، ثُمَّ يَظْهَرُ مِنْهُ عَلَى عَيْبٍ يَرُدُّهُ مِنْهُ، وَقَدْ حَدَثَ بِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِى عَيْبٌ آخَرُ، إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ الَّذِى حَدَثَ بِهِ مُفْسِدًا مِثْلُ الْقَطْعِ أَوِ الْعَوَرِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُفْسِدَةِ، فَإِنَّ الَّذِى اشْتَرَى الْعَبْدَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ مِنْ ثَمَنِ الْعَبْدِ بِقَدْرِ الْعَيْبِ الَّذِى كَانَ بِالْعَبْدِ يَوْمَ اشْتَرَاهُ وُضِعَ عَنْهُ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَغْرَمَ قَدْرَ مَا أَصَابَ الْعَبْدَ مِنَ الْعَيْبِ عِنْدَهُ ثُمَّ يَرُدُّ الْعَبْدَ، فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ عِنْدَ الَّذِى اشْتَرَاهُ أُقِيمَ الْعَبْدُ وَبِهِ الْعَيْبُ الَّذِى كَانَ بِهِ يَوْمَ اشْتَرَاهُ، فَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُهُ، فَإِنْ كَانَ قِيمَةُ الْعَبْدِ يَوْمَ اشْتَرَاهُ بِغَيْرِ عَيْبٍ مِائَةَ دِينَارٍ، وَقِيمَتُهُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ وَبِهِ الْعَيْبُ ثَمَانُونَ دِينَارًا، وُضِعَ عَنِ الْمُشْتَرِى مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الْقِيمَةُ يَوْمَ اشْتُرِىَ الْعَبْدُ[١].

---

(١) قال فى الاستذكار ٥٢/١٩: أما اختلاف العلماء فيمن اشترى سلعة، أو عبدًا، أو وليدة، أو غير ذلك من العروض، فحدث عنده بالعبد عيب، ثم وجد به عيبًا كان عند البائع فقد أوضح مالك مذهبه فى ذلك.

وقال الشافعى ببغداد: إذا أصاب بالسلعة عيبًا، وقد حدث به آخر كان له الرد، وما نقصها العيب الذى حدث عنده. وبهذا قال أبو ثور، ورواه الشافعى أيضًا، وهو قول ابن أبى ليلى.

وقال الشافعى بمصر: إذا حدث عنده عيب لم يكن له رده ولكنه يرجع بأرش النقص على البائع، ليس له غير ذلك إلا أن يشاء البائع أن يقبله، ويأخذها معيبة دون أن يأخذ من المشترى شيئًا، وقال، حينئذ للمشترى: سلمها، وإن شئت فأمسكها، ولا ترجع بشىء. رواه المزنى، والربيع، والبويطى عنه.

وقال أبو حنيفة: إذا حدث عنده عيب لم يكن له أن يرد العيب الذى وجد، وله أخذ الأرش.

وقال الثورى: إذا اشترى الرجل السلعة، فرأى بها عيبًا، وقد حدث بها عيب لم يكن له أن يرد بالعيب، فهى للمشترى، ويرد عليه البائع فضل ما بين الصحة والداء. =

الشرح: وهذا كما قال أن من ابتاع سلعة، وحدث بها عنده عيب مفسد، ثم ثبت فيها عيب قديم، كان عند البائع، فإن المبتاع بالخيار بعد ذلك بين أن يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب، وبين أن يرد المبيع، وقيمة العيب الذى حدث عنده، ويرتجع جميع الثمن. وقال أبو حنيفة والشافعى: ليس له رد المبيع، وإنما له الرجوع بقدر العيب خاصة.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك، قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعًا من تمر»، فوجه الدليل أنه لما أتلف المبتاع اللبن، وبقى سائر الحيوان، جعله بالخيار بين أن يغرم ما أتلف، ويرد من الحيوان، وبين أن يمسكه.

ودليلنا من جهة المعنى أن البائع قد دلس بعيب، والمبتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس، وكل واحد منهما غير راض بما كان عند صاحبه من العيب، فإذا تعارض الحقان كان أولاهما بالتقليب المبتاع؛ لأنه لم يوجد منه تدليس، ولا تعمد.

إذا ثبت ذلك، ففى هذه المسألة بابان، أحدهما: فى بيان المعانى التى تثبت الخيار للمبتاع، وتميزها مما لا يثبت له ذلك. والثانى: فى صفة العمل فى الارتجاع والرد.

* * *

الباب الأول فى بيان المعانى التى تثبت الخيار إلخ

أما المعانى التى تثبت الخيار، فأنها على ضربين، نقصان، وزيادة. فأما النقص، فعلى قسمين، نقص من جهة القيمة، ونقص من جهة البدن. فأما النقص من جهة القيمة، فإنه يكون لمعنيين، أحدهما: لاختلاف الأسواق. والثانى: لتغير حال المبيع. فأما النقص لاختلاف الأسواق، فإنه لا يمنع الرد بالعيب، ولا يوجب رد شىء معه، ولا يثبت الخيار للمبتاع.

فأما ما نقص القيمة لتغير المبيع فى غير بدنه، مثل أن يحدث فيه إباق، أو سرقة، أو

=قال أبو عمر: القولان فى القياس متساويان، وكان مالكًا فى قوله بتخيير المشترى قد جمع معنى القولين، وأما إذا مات العبد، فقولهم فيه سواء.

وقال ابن القاسم فى هذه المسألة: إن البائع قال للمشترى: أنا أخيرك: فإن شئت، فارده، ولا غرم عليك، وإن شئت فاحبسه، ولا غرم عليك كان ذلك له. وخالف فى ذلك عبد الله بن نافع، وعيسى بن دينار، فقالا فيه بقول مالك: لا يكون المخير إلا المبتاع.

زنى، أو غير ذلك مما لا يؤثر فى بدنه، ولكنه يزهد فيه، وينقص الكثير من ثمنه، فهذا قال ابن حبيب: لا يثبت الخيار، وله أن يرد المبيع دون غرم شىء لما حدث عنده.

وفى العتبية من رواية ابن القاسم فيمن اشترى جارية، فزوجها، فولدت، إما حبسها، فلا شىء له، وإما ردها بولدها.

وفى المدنية من رواية محمد بن صدقة عن مالك، فيمن اشترى جارية، فزوجها، ثم وجد بها عيبًا، فإنه بالخيار بين أن يوضع عنه قدر العيب القديم، وبين أن يردها، ويرد معها ما نقص التزويج.

وجه القول الأول أن ذلك نقص يختص بالقيمة، فلم يكن على المبتاع فيه غرم كبعض القيمة لتغير الأسواق.

ووجه القول الثانى أنه عيب ينقص كثير الثمن لحدوثه، وعند المبتاع يثبت له الخيار بين المبيع وما نقصه، أو التمسك به، والرجوع بقيمة العيب كنقص البدن.

مسألة: وأما القسم الثانى، وهو النقص من جهة البدن، فما كان يسيرًا كذهاب الظفر والأنملة فى وخش الرقيق، فإن ذلك ليس مما يثبت الخيار للمبتاع، وإنما له الرد، ولا شىء عليه من النقص، أو الإمساك، ولا شىء له من قيمة العيب.

ووجه ذلك أن البائع متهم بالتدليس، ولذلك وجب الرد عليه بالعيب بما كان من الأمور اليسيرة التى لا يسلم من مثلها، وما كان معتادًا متكررًا، فلا عوض له فيما حدث منها، وذلك بمنزلة بقاء المبيع على هيئته، وكذلك الكى والرمد والصداع والحمى؛ لأنها أمور معتادة يسرع البرء منها، هذا مذهب ابن القاسم، وخالفه أشهب فى الوعك والحمى، فقال: يثبت الخيار للمبتاع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن ابن القاسم إنما أراد الحمى الخفيفة التى يرجى سرعة برئها دون ما أضعف منها، ومنع التصرف، فإن ذلك مما يعظم قدره ويندر، فلا يرد المشترى، إلا أن يرد قيمة ما نقص من المبيع.

وقد روى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: أنه إن اشترى عبدًا، فمرض عنده، ثم اطلع على إباق، لم يرده حتى يصح أو يموت، فإن مات، رجع بما بين القيمتين.

وروى عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك: يرده ما لم يكن مرضًا مخوفًا، فعلى هذه الرواية الأمراض ثلاثة، خفيف لا يثبت الخيار به. ومتوسط، يثبت الخيار به. ومرض مخوف يمنع الرد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن أصابته موضحة، أو جائفة، أو منقلة، فبرئت، فليس بفوت، ولا يثبت الخيار للمبتاع؛ لأنه قد عاد إلى هيئته. قال ابن المواز: ولو أخذ لذلك عقلاً لم يرده المبتاع مع العبد، بخلاف قطع اليد.

وقد روى محمد بن صدقة، عن مالك في المدنية: أنه يرده، ولا يرد عقل الموضحة؛ لأن الموضحة لا تفيت العبد، ولو كان ما أصيب به العبد جرحًا يعيب رسمه، لم يكن له رده، إلا بما أخذ في جرحه.

وقال ابن القاسم: وكذلك المنقلة والجائفة، والمأمومة عقلها لمن أخذه، إلا أن يتبين، فإن شاء رده وما أخذ من عقله. قال عيسى بن دينار: إن شانه، فهو بالخيار، إن شاء رده وما نقصه الشين لسبب العقل الذى أخذ، وإن شاء أمسكه، ويرجع بقيمة العيب، وإن لم يشنه، وإن شاء رده، وكان له ما أخذ من عقل الجرح، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من قيمة العيب.

مسألة: وإن كان النقص في البدن كثيرًا كالعور والعمى والشلل وقطع الأصبع من الوخش، والأنملة من الرائعة، وقطع اليد، فإن ذلك يثبت الخيار للمبتاع بين أن يمسك المبيع، ويرجع بقيمة القديم، أو يرد المبيع، وما نقص العيب الحادث، ويرجع بجميع الثمن، وهذا حكم الافتضاض والولادة؛ لأن هذا كله نقص من غير المبيع مؤثر في ثمنه تأثيرًا كثيرًا.

مسألة: واختلف أصحابنا في هزال الرقيق، والدواب وسمنها، فروى ابن حبيب أن مالكًا لا يثبت الخيار بسمن الرقيق والدواب، ولا بهزال الرقيق، ولا بسمنه وشبهه بهزال الدواب.

وابن القاسم لا يثبته بهزال الرقيق، ويثبته بهزال الدواب وسمنها، واختار ابن حبيب أن ذلك كله يثبت الخيار، ورواه عمن يرضى من شيوخه، وهي رواية عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة في الدواب.

وهذا مبنى على أن النقص الكثير والزيادة في البدن تثبت الخيار دون النقص اليسير، وأما صلاح البدن ما لم يكن سمنًا بينًا، فلا خلاف أنه لا يثبت الخيار؛ لأنه زيادة في الجسم خاصة، وإنما يقع الاختلاف بينهم على حسب اعتقادهم في نقص كثير القيمة.

فرع: إذا قلنا إن الخيار يثبت بذلك، فإنه يكون مخيرًا بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب، أو يرد عليه قيمة ما حدث عنده من النقص، وما يثبت به الخيار في هذا من

الزيادة، فإنه مخير بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب أو يرده، ولا شيء له من الزيادة، رواه عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة.

مسألة: وإن كان النقص من غير جنس المبيع، مثل أن يكون للعبد مال من رقيق أو غيرهم، يشترطه المبتاع، فتذهب، أو يكون على الغنم أصواف، فتذهب قبل الجز، أو مع النخل ثمر، فيتلف قبل الجد، فإنه لا يثبت الخيار للمبتاع فى مال العبيد، وإنما يكون له أن يرد العبد بما بقى من ماله، ولا غرم عليه فيما ملك أو يرضى به، ولا يرجع بشيء من قيمة العبيد، رواه عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة، وعيسى بن دينار، عن ابن القاسم.

فصل: وأما الضرب الثانى من المعانى الموجبة للخيار بالزيادة فى المبيع، فلا يخلو أن تكون الزيادة فى المبيع زيادة القيمة دون الجسم، أو زيادة فى عين المبيع. فأما الزيادة فى القيمة دون العين كالزيادة فى النفاذ والمعرفة والفصاحة، فهذا لا يثبت الخيار للمبتاع.

وأما الزيادة فى عين المبيع، فإنها على قسمين، أحدهما: أن يكون نماء فيه. والثانى: أن يكون معنى مضافًا، فإن كان نماء فيه كالدابة المهزولة تسمن، فقد قال أصبغ: عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: نفى الخيار. والثانية: إثباته. وحكى عن ابن القاسم إثباته إذا كان سمنًا بينًا.

وجه إثباته أنه تغير فى البدن، فوجب أن يثبت الخيار به كالهزال البين.

ووجه نفيه أنه نماء من نفس المبيع ليس للمبتاع المشاركة فيه، فلم يثبت له الخيار كالنفاذ والمعرفة.

مسألة: وإن كانت الزيادة بمعنى يضاف إلى البيع، فلا يخلو أن يكون نماء خارجًا منه، أو صفة ثابتة فيه، فإن كان نماء خارجًا منه، فعلى وجهين، أحدهما: أن يكون من جنس المبيع كالولد. والثانى: أن يكون من غير جنسه كثمرة الشجر وصوف الغنم وألبانها، وغلة العبيد والرباع.

فأما الولد، فلم أر لأصحابنا فيه نصًا عليها غير ما روى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة، فيمن ابتاع شاة حاملاً، فوضعت عنده، فأكل سخلتها، ثم وجد عيبًا قديمًا، فإنه له أن يرجع بقيمة العيب أو يرد الشاة، وما نقص من ثمنها يوم ابتاعها؛ لأنها كانت ترجى لولدها.

فظاهر هذا أنه إنما أوجب ذلك الولادة، ولم يوجب له ذلك عدم ولدها، وإتلاف المبتاع له؛ لأنه لو كان كذلك لرد قيمته، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: إنما يردها وقيمة ولدها، وإنما نصوا على أنه ليس له إن أراد الرد أن يمسك الولد، ويحتمل عندى أن يتخرج فيه القولان فى السمن، وهو أظهر؛ لأنه منفصل، ولا يمكن مع ذلك إمساكه.

مسألة: وإن كان من غير الجنس كالثمرة والصوف واللبن، فلا خلاف على المذهب أنه لا يثبت له الخيار، وإنما له أن يرد أو يمسك، ولا يرجع بقيمة عيب. وقال أبو حنيفة: إن ذلك فوت، وليس للمبتاع إلا قدر العيب.

والدليل على ما نقوله أن هذا نماء لو حدث قبل القبض لم يمنع الرد بالعيب، فإذا حدث بعده، لم يمكن الرد بالعيب كالكسب والعمل.

مسألة: وإن كان صنعة ثابتة فيه كالصبغ والخياطة والقصارة والرقم فى الثوب مما لا يمكن فصله من المبيع إلا بفساد، فإن ذلك يثبت فيه الخيار.

* * *

الباب الثانى فى صفة العمل فى الارتجاع والرد فيمن يثبت له الخيار

وذلك أن معنى الخيار المذكور أن يكون للمبتاع أن يمسك المبيع المعيب، ويرجع بقيمة العيب القديم، أو يرده على البائع، ويرد معه قيمة العيب الحادث عنده.

فإن أراد الإمساك، فإنه تقوم السلعة تقويمين، أحدهما: أن تقوم سليمة من العيب يوم البيع، ثم تقوم معيبة، فيرجع بقدر ما بين القيمتين من الثمن، وذلك أن قيمته سليمة عشرة دنانير، وتكون قيمتها بالعيب القديم ثمانية دنانير، فيعلم أن قيمة العيب خمس القيمة التى قوم بها صحيحًا، فيرجع عليه بخمس الثمن الذى اشتراه به.

وإن أراد الرد، فأى القيمتين المتقدمتين لابد منهما، فإذا تقدمت، جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلاً، ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيب القديم والحديث، فيرد من ثمن المبيع المعيب بقدر ذلك.

وذلك أن يقال فى مسألتنا أن قيمته بالعيبين ستة دنانير، فيعلم أن العيب الحادث عند المشترى ينقص من قيمة المبيع بعينه الربع، ومثل ذلك يجب أن يرجع من ثمنه.

فإن كان اشترى المبيع بخمسة عشر دينارًا، فأراد إمساكها أخذ من البائع خمس

الثمن الذى هو خمسة عشر دينارًا، وذلك ثلاثة دنانير، وعلمنا أن الباقى، وذلك اثنا عشر دينارًا، وهى أربعة أخماس الثمن، هو ثمن المبيع معيبًا بالعيب القديم.

فإذا أراد أن يرد قيمة العيب الحادث عنده، فقد قلنا إنه ربع قيمة العبد معيبًا، رد العبد ربع ثمنه بالعيب القديم، وذلك ثلاثة دنانير؛ لأن العيب الذى حدث عنده إنما كان معيبًا بالعيب القديم، فيلزمه أن يرد قيمة ما تلف من المبيع معيبًا بالعيب، وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم فى المدونة وغيرها.

مسألة: فإن قال البائع: أنا أقبض المبيع، ولا أرجع بقيمة العيب الحادث، وقال المبتاع: بل امسك وارجع بقيمة العيب القديم، فقد روى سحنون، عن ابن القاسم: ذلك للبائع الأول، إلا أن يقول المبتاع: أنا أمسكه، ولا أرجع بقيمة العيب القديم، فيكون ذلك له. وقال عيسى بن دينار: ليس ذلك له، والخيار للمبتاع، وهو الأظهر من قول المدنيين.

وجه رواية سحنون أن البائع لما أسقط عن المبتاع قيمة العيب الحادث كان بمنزلة ما لم يحدث فيه عيب، فلم يكن للمبتاع الإمساك والرجوع بقيمة العيب.

ووجه قول عيسى بن دينار أن حدوث العيب بالمبيع يثبت بالخيار للمبتاع، وإن لم يجب به على المبتاع غرم، كما لو ثبت تدليس البائع بعيب الرد، وقد حدث عند المشترى بسببه عيب آخر، وكما لو كان التغير بالزيادة.

مسألة: وأما التغير الموجب للخيار بزيادة فى المبيع كالصبغ ونحوه، فإنه يأتى ذكره فى الأقضية، إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالتغير الحادث عند المشترى على ضربين، زيادة ونقصان. فأما الزيادة، فإن حكمها واحد فى التدليس وغيره. وأما النقصان، فلا يخلو أن يحدث بسبب العيب المدلس به، أو بإذن البائع أو يحدث بغير هذين الوجهين.

فأما ما يحدث بسبب العيب، مثل أن يدلس بمرض، فيموت منه، أو يدلس بسرقة، فتقطع يده، فيموت أو يدلس بحمل، فتموت منه، فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع؛ لأنه تعدى بكتمان عيب قد علمه، فكان ذلك سببًا لهلاك المبيع، فلزمه ضمانه، لما كان هلاكه من سببه.

مسألة: فإن دلس بإباق، فأبق، لم يختلف أصحابنا أن على البائع رد جميع الثمن، إلا

محمد بن دينار، فإن ابن حبيب ذكر عنه أنه قال: إذا هلك بإباقه، فإن للمبتاع قيمة عيب الإباق خاصة، إلا أن يلجئه الهرب فى عطب كالنهر يقتحمه أو يتردى من جبل، فيهلك بذلك أو يتوارى فى موضع، فتنهشه حية، فهذا يرد البائع فيه جميع الثمن. فأما أن يمرض فى إباقه، فيموت أو يجهل أمره، فلا يرجع عليه إلا بقيمة العيب.

وجه قول مالك والجمهور أنه هلك بعيب دلس به البائع، فكان عليه جميع الثمن كما لو دلس بمرض، فمات منه.

ووجه قول ابن دينار أن ما اعترضه من مرض أو غيره، ليس من جملة الإباق، فلا ضمان عليه، وأما ما يحدث بإذن البائع، فسيأتى ذكره فى الأقضية، إن شاء الله تعالى.

فصل: ثم نرجع إلى الأصل، ونقول: قوله: «**فإن مات العبد، وبه العيب الذى كان به يوم اشتراه، فينظر كم ثمنه**»، إلى آخر الفصل يقتضى أن الرجوع بقيمة العيب إنما يكون إذا كان العيب باقيًا إلى وقت الفوات.

فأما إن زال العيب قبل فوات العبد بالعتق والموت أو غير ذلك، فلا رجوع للمبتاع على البائع بقيمة العيب؛ لأنه لو كان العبد باقيًا، وقد زال عنه العيب، لم يكن له رد بعيب قد زال، فكذلك لا يكون له أن يرجع بقيمته بعد فوات المبيع.

مسألة: والعيوب فى ذلك على ضربين، عيوب إذا ذهبت، لم يخش عاقبتها كالبياض فى العين والمرض، والولد يموت، والجرح يبرأ على غير شين، فإن أخذ له عقلاً، فهذا لا خلاف أنه بمنزلة الصحيح الذى لم يكن به شين، وإن مات أو عتق بعد زوال هذه المعانى، فلا يرجع على البائع بشىء، وإن كان العبد قائمًا، لم يكن له رده بعد ذهاب هذه المعانى، وبالله التوفيق.

ومنها عيوب يتقى عاقبتها، ويتقى عاديتها أو عودتها. فأما ما تتقى عادتها كالسرقة والإباق، قال أشهب، عن مالك، فى الصبى يأبق فى الكتاب، ثم يبلغ ويكبر: لا يبيعه حتى يبين؛ لأن عادته تبقى.

وأما الجارية تبول فى الفراش، ثم انقطع عنها ذلك، قال ابن القاسم: هو عيب. وقال أشهب: إن انقطع انقطاعًا بينًا كالسنين الكثيرة، فليس بعيب، وإن كان أمرًا يسيرًا، فهو عيب.

ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب فى ذلك واحدًا إذا انقطع ذلك عنها

العشرة الأعوام ونحوها على أنهما قد اختلفا فى الجنون كاختلافهما فى هذا، وأمر الجنون أشد.

وأما الزوج للأمة والزوجة للعبد يموتان، أو يفترقان، قال ابن القاسم وابن كنانة فى المدنية: ليس بعيب. وقال مالك من رواية أشهب عنه: هو عيب.

وجه ما قاله ابن القاسم أن العيب قد ذهب بالفرقة أو الموت كالبياض يكون بالعين.

وجه رواية أشهب أن من اعتاد ذلك منهما دعا إليه وطلبه، وذلك مفسد لحاله ومؤثر فى خدمته. وقال الشيخ أبو بكر: إنما ذلك؛ لأن الناس أرغب فى من لم يكن لها زوج قط.

مسألة: وأما ما يتقى عودته من الجنون والجذام والبرص، فقال ابن القاسم فى الجنون: هو عيب؛ لأنه تكثر رجعته. وقال أشهب: إذا برئ حتى أمنت عودته، فليس بعيب.

فصل: وقوله: «**وإنما تكون القيمة يوم اشترى العبد**»، يريد فى الرد والإمساك؛ لأنه إذا زاد، فعليه قيمة الجزء الذى تلف عنده يوم الشراء، إلا أنه فى ذلك ضمنه، وإن أراد التمسك، فعليه أن يرجع بقيمة عيب التدليس؛ لأن الجزء الذى دلس بنقصه إنما دفع قيمة الثمن على قيمة قدره من المبيع ذلك اليوم، فإنما الرجوع بقدره ذلك اليوم من الثمن الذى دفع فى الجملة.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ رَدَّ وَلِيدَةً مِنْ عَيْبٍ وَجَدَهُ بِهَا وَكَانَ قَدْ أَصَابَهَا أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ بِكْرًا فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِصَابَتِهِ إِيَّاهَا شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ كَانَ ضَامِنًا لَهَا(١).

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً أَوْ حَيَوَانًا بِالْبَرَاءَةِ مِنْ أَهْلِ الْمِيرَاثِ أَوْ غَيْرِهِمْ، فَقَدْ بَرِئَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فِيمَا بَاعَ إِلا أَنْ يَكُونَ عَلِمَ فِي ذَلِكَ عَيْبًا فَكَتَمَهُ، فَإِنْ كَانَ عَلِمَ عَيْبًا فَكَتَمَهُ لَمْ تَنْفَعْهُ تَبْرِئَتُهُ، وَكَانَ مَا بَاعَ مَرْدُودًا عَلَيْهِ(٢).

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٥٤.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٤٥، وقال: هكذا هو فى الموطأ عند أكثر الرواة=

الشرح: وهذا كما قال أن من أصاب وليدة وجد بها عيبًا، فإنها إن كانت بكرًا، فأذهب عذرتها، فإن عليه ما نقصها، إن أراد ردها بالعيب، وكانت ممن ينقصها الافتضاض؛ لأن وخش الرقيق لا ينقصه، وربما زاد ذلك فيهن.

وإن كانت ثيبًا، ردها، ولا شيء عليه لوطئه إياها، وقد تقدم ذلك كله، وليس عليه رد مهر فى بكر ولا ثيب. وروى القاضى أبو محمد، عن ابن أبى ليلى، وروى عن شريح: أنه أوجب فى ذلك مهر الرد معها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن هذا وطء صادف ملكًا، فلم يوجب مهرًا. أصل ذلك إذا فاتت.

قَالَ مَالِك فِى الْجَارِيَةِ تُبَاعُ بِالْجَارِيَتَيْنِ ثُمَّ يُوجَدُ بِإِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ عَيْبٌ تُرَدُّ مِنْهُ، قَالَ: تُقَامُ الْجَارِيَةُ الَّتِى كَانَتْ قِيمَةَ الْجَارِيَتَيْنِ، فَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُهَا، ثُمَّ تُقَامُ الْجَارِيَتَانِ بِغَيْرِ الْعَيْبِ الَّذِى وُجِدَ بِإِحْدَاهُمَا، تُقَامَانِ صَحِيحَتَيْنِ سَالِمَتَيْنِ، ثُمَّ يُقْسَمُ ثَمَنُ الْجَارِيَةِ الَّتِى بِيعَتْ بِالْجَارِيَتَيْنِ عَلَيْهِمَا بِقَدْرِ ثَمَنِهِمَا حَتَّى يَقَعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حِصَّتُهَا مِنْ ذَلِكَ عَلَى الْمُرْتَفِعَةِ بِقَدْرِ ارْتِفَاعِهَا، وَعَلَى الأُخْرَى بِقَدْرِهَا ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى الَّتِى بِهَا الْعَيْبُ، فَيُرَدُّ بِقَدْرِ الَّذِى وَقَعَ عَلَيْهَا مِنْ تِلْكَ الْحِصَّةِ، إِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً أَوْ قَلِيلَةً، وَإِنَّمَا تَكُونُ قِيمَةُ الْجَارِيَتَيْنِ عَلَيْهِ يَوْمَ قَبْضِهِمَا[1].

الشرح: وهذا كما قال، وذلك أن من ابتاع جارية بجاريتين، ثم وجد مبتاع الجاريتين بإحداهما عيبًا، فإنه تقوم الجارية التى كانت ثمن الجاريتين، فينظر كم ثمنها، يريد قيمتها، وإنما يحتاج إلى ذلك ليتوصل بذلك إلى معرفة ما يعيب كل واحدة من الجاريتين من الثمن فى بيعه المتقدم، وهى قيمة الجارية المنفردة.

فصل: وقوله: «**ثم تقام الجاريتان بغير العيب، الذى وجد بإحداهما سالمتين منه**»؛ أنهما إنما كانتا ثمنًا للجارية الواحدة التى تقدم تقويمها، وهما سالمتان؛ لأنه على ذلك اشتراهما بائع الجارية، وإنما تقوم كل واحدة منهما مفردة، ليعلم قيمة كل واحدة منهما.

=فيمن باع عبدًا، أو وليدة، أو حيوانا بالبراءة. وكان مالم يفتى به مرة فى سائر الحيوان، ثم رجع عنه إلى أن البراءة لا تكون فى شيء من الحيوان إلا فى الرقيق.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٥٧/١٩.

فبذلك يتوصل إلى ما يريده، ثم يجمع القيمتان، ثم يعلم كم مبلغ قيمة كل واحدة من الجاريتين من قيمتهما، فإن كانت قيمة التى بها العيب ثلث الجملة، وقيمة الأخرى الثلثين، ردها، ورجع بقدرها.

وبيان ذلك أنه لا يخلو أن تكون الجارية التى هى من ثمن الجاريتين باقية على حالها لم تفت، أو تكون قد فاتت بزيادة أو نقصان، أو اختلاف أسواق، فإن كانت قائمة لم تفت نظر إلى الجارية التى وجد بها العيب.

فإن كانت أفضل الجاريتين، رد الجاريتين، وأخذ جاريته، وإن كانت أدون الجاريتين رد المعيبة بما يصيبها من قيمة الجارية المفردة بيد مبتاعها، وهذا معنى ما فى المدونة من ذلك.

وروى إسماعيل القاضى، عن ابن الماجشون: أن الذى وجد العيب لا يرجع فى عين ما باع، وإن وجد العيب بجميع ما أخذ، والذى أعطى لم يفت، وإنما يرجع بقيمته.

وإن تساوت الجاريتان، ففى المدونة عن ابن القاسم فى البعدين المتكافئين، يصيب المبتاع بأحدهما عيبًا أو يستحق، فإنه يرده، ويأخذ ما يصيبه من الثمن، وقاله غير ابن القاسم فى العبدين والشاتين وقلتى الخل.

مسألة: وإن فاتت الجارية بزيادة أو نقصان، لزم فيها البيع، وكان التراجع فى قيمتها على حسب ما قدمناه، إلا أنه ينظر المعيبة من الجاريتين، فإن كانت الأرفع ردها، ورجع بجميع الجارية المفردة.

وإن كانت المعيبة هى الأدون، ردها مفردة، ورجع بقيمتها مع قيمة الجارية المفردة، ولزمه البيع فى الجارية الثانية التى هى أرفع الجاريتين.

مسألة: فإن كانت الجارية المفردة لم تفت، ولا تغيرت فى بدنها، وإنما تغيرت فى أسواقها بزيادة أو نقصان، فقد قال ابن القاسم: إن ذلك فوت يمنع الرجوع فى عينها كتغير البدن.

فصل: «**وإنما تكون قيمة الجاريتين عليه يوم قبضهما**»، يريد يوم خروج الجارية المفردة، وإن كانت السالمة هى الرائعة من عهدة المواضعة؛ لأنه حينئذ يصح قبضه للجاريتين، إن لم يثبت فيها حكم المواضعة.

وإن ثبت فيها حكم المواضعة، فمتى يخرجان منها، وإنما قال فى هذه المسألة: يوم

القبض، بخلاف ما تقدم قبله فى مسألة العبد والوليدة من التقويم يوم البيع؛ لأنه ينافى مسألة العبد والوليدة، على أنه ليست فيهما مواضعة.

والكلام فى هذه المسألة على رقيق فيهم المواضعة أو عهدة الثلاث، فإنما تلزمه القيمة بعد ذلك، ونحن نحتاج أن نبين حكم المواضعة، وما يتعلق بها، وفيها ستة أبواب، الباب الأول: فى تبيين معنى المواضعة ولزومها. والباب الثانى: فى محلها من المعقود عليه. والباب الثالث: فى محل المواضعة من العقود. والباب الرابع: فى محل المواضعة من المعقود عليه. والباب الخامس: فى تبيين حكم الحوادث. والباب السادس: فى بيان ما تخرج به المواضعة.

* * *

الباب الأول فى بيان معنى المواضعة ولزومها

قال أحمد بن المعذل فى المبسوط: المواضعة أن توضع الجارية إذا بيعت على يد امرأة معدلة حتى تحيض حيضة، فإن هى حاضت كمل البيع، وإن لم تحض، وظهر بها حمل، فسخ البيع.

مسألة: وحكم المواضعة ثابت فى الرقيق فى كل بند، قال أشهب فى العتبية والواضحة: أرى أن يحمل الناس على المواضعة. قال ابن عبدوس: لما يتقى فيها من الحمل.

* * *

الباب الثانى فى تبيين محلها من العاقدين

وذلك أن البائع للجارية، سواء كان مالكها أو غيره، من سلطان أو وكيل أو وصى، لابد من المواضعة لما ذكرناه.

مسألة: ومن باع شقص جارية، ففى المبسوط عن مالك: عليه المواضعة. قال ابن القاسم فى المدونة: وكذلك لو أقال منه.

وجه ذلك أنه يجب عليه تسليم ذلك الجزء الذى باعه سالمًا من الحمل.

مسألة: والمسافر الحاج وغيره إذا باع الجارية، فعليه المواضعة، رواه ابن المواز، عن مالك، قال: وكذلك أهل منى. قال: وكذلك المجتاز والمرأة. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: وإذا كان البائع قد غاب عن الأمة، وهو ممن يطأ مثله، فلا خلاف على

المذهب فى وجوب المواضعة، فإن كان لم يغب على الأمة، وفى حكم من لم يغب عليها مثل أن يقيل من جارية أو من على مواضعتها، أو وضعت على يدى غيره.

فإن أقال منها أو ولاها قبل أن يغيب عليها أو قبل أن تنقضى مواضعتها، فلا مواضعة فيها؛ لأن البائع فى مثل هذا كان ضامنًا لها، ومتى رجعت إليه فى مدة ضمانه لها، فلا مواضعة على المشترى فيها.

وكذلك لو باعها المشترى من بائعها أو من غيره بربح، فلا مواضعة عليه، ولا استبراء على المشترى؛ لأنها على يدى عدل تعلم به براءتها، ولم يغب عليها بعد البراءة من لم يؤمن عليها، وكذلك من باع جارية ممن هى على يده وديعة بعد أن حاضت عند المودع عنده.

مسألة: فإن غاب عليها غير من وضعت عنده للاستبراء، وكان البائع لها ممن لا يطأ مثله كالصبى الصغير والمرأة، فالظاهر من المذهب وجوب المواضعة، لا يجوز منها حمل لا يلحق بزوج ولا زنى ظاهر، فلم يدخل المبتاع عليه، وهو ممن ينقص معظم الثمن، وأما الزانية المشهورة بذلك أو ذات الزوج، فلا ينقص من ثمنها إلا اليسير، فلا مواضعة فيها.

* * *

الباب الثالث فى محل المواضعة من العقود

حكم المواضعة ثابت فى البيع بالنقد أو فى الثمن المؤجل. وأما فى ابتياع الأمة من دين على الأمة، فلا يجوز أن يثبت فيها حكم مواضعة، وإن كانت من الإماء اللاتى لا يجوز بيعهن، إلا بالمواضعة لا يجوز ذلك فيها، وبطل العقد لما يدخله من فسخ الدين فى دين، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أن المبتاع كان له على البائع دين، فنقله فى جارية، لم يتنجز نقل الدين إلى عينها لما بقى فيها من حكم المواضعة التى لا يكمل البيع، وتبرأ به ذمة البائع، إلا بكمالها، فلم تبرأ ذمة البائع من دين، ولا بقيت مشغولة به على حسب ما كانت قبل البيع؛ لأنها قبل البيع كانت مشغولة بدين محض، وحبس معلوم، وبعد البيع صارت مترددة بعد البراءة من الدين، إن سلمت الجارية فى المواضعة والاشتغال به إن لم تسلم.

وهذا معنى فسخ الدين فى الدين أن لا تبرأ الذمة من الدين الأول، ولا تبقى

مشغولة به على الصفة التى كانت مشغولة به قبل الفسخ، ويتخرج على قول أشهب، جواز ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان البيع بيع براءة، فقد قال ابن القاسم: حكم المواضعة ثابت فيها لا يسقط بالبراءة. وقال ابن المواز: وقال مالك فى العتبية: ولو بيعت بيع ميراث، فلابد من المواضعة. وقال ابن المواز: باعها سلطان أو غيره.

ووجه ذلك أن البراءة من الحمل لا تجوز، لاسيما مع إقرار البائع بالوطء، والمواضعة إنما هى لمعنى ما يحدث من الحمل، فلابد من ثبوتها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن شرطا فى بيع جوارى المواضعة، أن لا مواضعة بينهما، فإنه على وجهين، أحدهما: أن لا يشترط البراءة من حمل إن كان بها. والثانى: أن يشترط ذلك، فإن لم يشترط البراءة من حمل، فإن ظهر بها، بطل الشرط، وثبت عقد البيع، وثبت حكم المواضعة، وبه قال ابن القاسم فى المدونة وغيرها.

وهو قول جماعة أصحابنا غير الشيخ أبى بكر، فإنه قال فى المختصر الكبير: إن البيع يفسد بذلك، وهو مبنى على قول أصحابنا فى صحة العقد أو فساده فى نقل الضمان المختلف فى محله عن عرفه، وقد قدمنا ذكره.

فرع: فإذا قلنا بإبطال الشرط، وصحة العقد، فقد قال ابن حبيب: يخرج من يد المشترى، ويجرى فيها حكم المواضعة، فإن لم ترفع أمرها حتى ماتت، ففى المدونة: إن كان ذلك فى مدة المواضعة، فهى من البائع، وإن ماتت بعد ذلك، فهى من المبتاع.

وحكى القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه عن مالك: إن ماتت فى عهدة الثلاث، فهى من البائع، وإن ماتت بعدها فى مدة الاستبراء، فهى من المشترى.

وجه الرواية الأولى لما بطل الشرط فى ترك المواضعة ثبت حكمها، وكانت عند المشترى بمنزلة أن يؤتمن على استبرائها.

ووجه الرواية الثانية أنه لما شرط إبطال المواضعة، لم يبطل ذلك، إلا بحكم حاكم، فإذا ماتت قبل ذلك كانت بمنزلة وخش الرقيق الذى لا مواضعة فيه.

فرع: فإذا قلنا بمراعاة مدة الاستبراء، فكم قدرها؟ قال ابن المواز: الشهر ونحوه، ولم يفصل. وقال ابن حبيب: إن كانت أيام حيضتها معروفة فقدرها، وإن لم تكن معروفة، فأغلب أحوال النساء، وهو الشهر.

قال: وهو فى الموت خاصة، وأما إن جاء بها بعد شهرين أو ثلاثة، يريد ردها بعيب تأخير الحيض أو بعيب حدوثه، وزعم أنها لم تحض، صدق.

مسألة: وأما النكاح بالأمة الرائعة التى تحيض، فحكم المواضعة.

مسألة: فأما الإقالة، فإن حكم المواضعة ثابت فيها، إذا حدثت الإقالة بعد انقضاء المواضعة من البيع؛ لأن الإقالة بيع حادث يلزم البائع الثانى فيها من ضمان الجارية فى مدتها ما لزم البائع الأول فى مدة المواضعة الأولى، ويتقى من ظهور حملها فيها ما اتقى من ظهوره فى الأولى.

مسألة: وأما الرد بالعيب، فإن كان قبل انقضاء المواضعة من البيع، فلا خلاف أنه لا مواضعة فيه؛ لأنها باقية على ضمان الأول، وإن كان بعد انقضاء المواضعة من البيع، فقد قال ابن القاسم: فيه المواضعة للبائع على المشترى الذى يرد بالعيب. وقال أشهب: لا مواضعة فيه.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذه أربعة يلزم فيها المواضعة بانتقال الملك بالمواضعة، كما لو بيعت.

ووجه ما قاله أشهب أن هذا نقض بيع، وليس بيع مبتدأ، ولا عقد، وهذا الحكم يختص بالعقود دون فسخها.

* * *

الباب الرابع فى محل المواضعة من المعقود عليه

أن المواضعة ثابتة فى الرائعة من الإماء التى مثلها يوطأ، وليست بظاهرة الحمل، ولا معارضة لحمل يتبعها فى البيع كذات الزوج والمجاهرة بالزنا، وأخصر من هذه العبارة أنها ثابتة فى الجارية التى ينقص الحمل من ثمنها الكثير، فإن الصغيرة لا يصح فيها الحمل، وذات الزوج والمشهورة بالزنا، لا ينقص الحمل من ثمنها الكثير.

وأما وخش الرقيق، قال ابن القاسم، عن مالك فى المبسوط: من الزنج وما أشبههن، فلا يلزم فيهن ذلك. واحتج لذلك بأن الرائعة ينقص الحمل معظم ثمنها، والوخش لا ينقص ثمنها، فإن نقص، فينقص منه اليسير والغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره.

فرع: قال مالك: وما كانت بثمن خمسين أو ستين، فهى من المرتفعات، وهذا إنما

هو بحسب اختلاف الأوقات، وإنما ينظر فى ذلك إلى ما جرت العادة أن يتخذ مثلها للوطء، فهى الرائعة التى يثبت فيها حكم المواضعة، وإذا كانت ممن لم تجر العادة باتخاذها لذلك، وإنما تتخذ للاستخدام، فهى من الوخش، ولا يثبت فيها حكم المواضعة.

مسألة: وإذا كانت الأمة المبيعة ذات زوج أو معتدة من طلاق، فلا مواضعة فيها. قال أحمد بن المعذل فى المبسوط: لأنها لم تشتر للوطء، فلا يثبت فيها حكم المواضعة، وهذا معنى صحيح؛ لأن الوخش لم يثبت فيها حكم المواضعة لما لم يكن المقصود منها الوطء.

مسألة: وإن كانت حاملاً، ظاهرة الحمل، ففى المدونة من قول مالك: لا مواضعة فيها.

ووجه ذلك أن المواضعة إنما هى خوف الحمل وتوقعه، فإذا كان حملها ظاهرًا، فهو بمنزلة العلم بالعيب، فلا يصح الرد به ولا التزامه به.

فرع: فإن اشترى جارية ظاهرة الحمل على ما تقدم فى ذلك من نفى المواضعة، ثم انفش الحمل، وظهر أنها حامل، فأنها لا ترجع إلى حكم المواضعة، قاله ابن القاسم فى المدونة. واحتج لذلك بأن للبائع أن يقول: بعتك حاملاً، ولا أدرى ما حدث بعد ذلك، وله أن يقول: بعتك ما جاز لى فيه الانتقاد، وقد انتقدت.

مسألة: وأما الصغيرة التى لا يؤطأ مثلها، فلا مواضعة فيها؛ لأنها ممن لا يتقى عليها الحمل، فلا تجب فيها مواضعة؛ لأن مواضع المواضعة لما يتقى من الحمل عليها، فإن كانت توطأ، ولا يحمل مثلها، فقد قال ابن القاسم: فيها المواضعة. وقال مطرف وابن الماجشون: لا مواضعة فيها.

وجه قول ابن القاسم أن من يصح وطؤها لا يكاد أن يتميز وقت تجويز الحمل عليها، فاختلط لذلك كما احتيط بالعدة من الوفاة فى حق الصغيرة التى لا تحمل لما لم يتميز ذلك.

ووجه قول مطرف وابن الماجشون أنه إذا اتفق على أنها لا تحمل، فلا معنى للمواضعة، والله أعلم.

* * *

الباب الخامس فى حكم الأمة فى مدة المواضعة وأن ضمانها من البائع

ويلزم البائع نفقتها، وجميع مؤنتها، والسنة فى ذلك أن توضع على يد امرأة. وقال أشهب فى كتاب ابن المواز: تكون امرأة عدلة.

ووجه ذلك أن المرأة يقبل قولها فى حيضتها، ويمكنها النظر إليها، وإن وضعت على يد رجل، أجزأ ذلك، إذا كان له عيال ينظرون إليها.

مسألة: وما لحق الأمة فى مدة المواضعة من موت أو نقص جسم، فهو من البائع، وللمبتاع فى الموت إمساك الثمن وارتجاعه، إن كان أخرجه من يده، وفى النقص خيار الرد بالعيب أو الإمساك.

وأما ما كان من غير جسدها كالزنا والسرقة، فجمهور أصحابنا على أن له الرد بذلك. وحكى ابن حبيب، عن أصبغ: لا يردها به.

وجه قول الجمهور أن هذا لو كان أقدم من أمد التبايع لرد به، فإذا حدث فى مدة المواضعة، كان له الرد به كنقص الجسم.

ووجه قول أصبغ أن مثل هذا يمنع البائع بيعها؛ لأنها متى أرادت البقاء عنده أحدثت مثل هذا فى مدة المواضعة، فترد عليه، وما كان بهذه الصفة، وجب أن يمنع منه.

مسألة: وما حدث لها من مال بهبة أو وصية أو عطية، فهو للبائع إن كان لم يستثن منه مالها؛ لأن كل من لزمه ضمانه كان لها ما ثبت من مال، وأما ما حدث لها من ولد، فقد قال ابن القاسم: هو للمبتاع. وقال أشهب: هو للبائع.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء من جنس المبيع، فأشبه الثمن.

ووجه قول أشهب أنه نماء منفصل فى مدة المواضعة، فكان للبائع كنماء المال.

مسألة: ومن اشترى جارية رائعة بالمواضعة فيها ورضى بالحمل بعد صحة العقد، فقال ابن القاسم: له ذلك، وإن أباه البائع. وقال سحنون: ليس له ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن كل عيب يجوز للمبتاع الرضا به بعد ظهوره، فإنه يجوز له الرضا به قبل ظهوره، وإسقاط المطالبة كسائر العيوب.

ووجه قول سحنون ما احتج به من أن المبتاع إنما أسقط ما وجب له من الضمان على البائع لتعجيل الخدمة.

* * *

الباب السادس فى بيان ما تنتقض به المواضعة

المواضعة تكون بأحد شيئين، بحيض أو شهور، فأما الحيض، فالذى يجزئ منه حيضة واحدة؛ لأن بها تحصل غلبة الظن ببراءة الرحم، وليس يتعلق بها معنى من العبادة، ولا حرمة الحرية، فلذلك لم يتكرر الحيض فيها تكرره فى العدة.

فإن كان الابتياع بعد ابتداء الحيضة، فإن كان فى أول الدم، وعظم الحيضة، أجزأ ذلك من المواضعة، فإن كان الابتياع فى آخر الحيضة، وبعد أن ذهب معظم الدم، لم تقع به البراءة، واستؤنفت بعد المواضعة.

ووجه ما احتج به ابن القاسم من أن الرحم فى ذلك الوقت لا يقبل المنى، بل يقذف بالدم، وآخر الحيض يقبل المنى، فلذلك افترقا.

فرع: وكم مقدار ما تقع به البراءة من الحيضة الباقية، قال ابن المواز: إن بقى منه مقدار ما يعرف أنه حيضة، أجزأه.

ويحتمل قوله هذا أمرين، أحدهما: أنه إن بقى منه مقدار أقل الحيض، أجزأه، ولذلك قال فى آخره: وإن كان إنما بقى منه اليوم واليومان، لم يجزه. والثانى: إن كان فى وقت يرى أن الرحم يرمى الدم، ولا يقبل المنى، فهو براءة، فإن كان غير ذلك، فإنما هى مدة يسيرة لاستقصاء بقايا الدم، وذهاب أمره، فليس براءة.

مسألة: وإن كانت الحيضة بعد الابتياع، فلا يخلو أن تأتى على المعهود أو تتأخر عنه، فإن أتت على المعهود، فإنه تتم المواضعة، وإن كانت بعد التبايع بلحظة؛ لأننا قد قلنا إنه إذا كان التبايع فى أول الحيضة أن المواضعة تتم بتلك الحيضة، فبأن تتم إذا كان جميع المواضعة بعد الحيض أولى.

مسألة: فإن كانت ممن تحيض، فارتفعت حيضتها، فاختلف أصحابنا فيها، فروى ابن وهب: أن براءتها لتسعة أشهر، لا تنقص من ذلك. وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: إن براءتها ثلاثة أشهر، إلا أن ترتاب، فتقيم تمام تسعة أشهر، ولم تبرأ إلا أن يظهر بها حمل.

ووجه رواية ابن وهب أن ارتفاع الحيض ريبة، فوجب أن تتربص له مدة الحمل، وهى تسعة أشهر. وأصل ذلك ارتفاع حيض المطلقة.

ووجه رواية ابن القاسم أن ارتفاع الحيض بمجرده ليس بريبة؛ لأنه قد يرتفع بمرض ورضاع وغير ذلك، فالثلاثة أشهر تنوب عنه كالحيضة.

مسألة: وهذا فيمن كانت عادتها أن يتكرر حيضها قبل الثلاثة الأشهر، فأما من كانت حيضتها تبطئ عنها أكثر من ذلك، فلا يخلو أن تكون عادتها أقل من تسعة أشهر أو أكثر منها.

فإن كانت عادتها أقل من تسعة أشهر، فقد روى عيسى، عن ابن القاسم: أن ثلاثة أشهر تبرئها. وروى عنه يحيى: لا يبرئها إلا الحيض، وإلا رفعت إلى ثلاثة أشهر، وإن استبرئت.

وجه رواية عيسى بن دينار أن من كانت لا تحيض فى ثلاثة أشهر، فإن ثلاثة أشهر تبرئها كالتى لا تحيض إلا فى أكثر من تسعة أشهر؛ لأن الأشهر الثلاثة براءة لكل من لا ريبة بها.

ووجه رواية يحيى أن من كانت عادتها فى الحيض أكثر من ثلاثة أشهر، ودون التسعة، فإن الثلاثة لا تبرئها؛ لأن هذه حالها التى لا تبرئ قط فى الحمل وغيره، فلا يستدل بها على براءتها.

مسألة: فإن كانت عادتها أكثر من تسعة أشهر، فلا خلاف على المذهب نعلمه أن ثلاثة أشهر تبرئها، إلا ما قال ابن حبيب: أن من تحيض لأكثر من ثلاثة، فإنها لا يبرئها إلا الحيضة، ولم يفصل.

وجه قول الجمهور أن من تأخرت حيضتها أكثر من تسعة أشهر، فإن تأخرها ليس بريبة ولا يفيد وضعها إلى تسعة أشهر إلا ما يفيد وضعها إلى ثلاثة أشهر، فلا معنى للإضرار بالمتبايعين.

ووجه رواية ابن حبيب أن من تحيض لا يبرئها إلا الحيض المعتاد، إلا أن تتأخر عن عدتها، فتنتقل إلى الأشهر، كما لو حاضت لشهر.

فصل: إذا ثبت الاستبراء، والمواضعة تقع بانقضاء مدة المواضعة، وذلك بظهور الحيض، فإن بأول الدم قد خرجت عن ضمان البائع، وسقطت سائر أحكام المواضعة، وتقرر ملك المشترى عليها، وهل يحل له الاستمتاع بها أو لا؟ قال ابن القاسم فى المدونة: له ذلك لأول ما تدخل فى الدم، ويحكى على قول أشهب فى كتاب إرخاء الستور: أنه يستحب له أن يؤخر ذلك حتى يعلم أن ما رأته من الدم حيضة.

فصل: وأما المواضعة بالأشهر، ففى من لا تحيض لعلة أو ليأس، فأما من لا تحيض

لعلة وريبة، فقد تقدم ذكرها، وأما من لا تحيض ليـأس، فهـذه مواضعتهـا ثلاثـة أشـهر، وبه قال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يجزئ مـن ذلـك شـهر واحـد. وقـال عمـر بـن الخطـاب وعلى ابن أبى طالب وسعيد بن المسيب، رضى الله عنهم: شهر ونصف، وقيل شهران.

والدليل على صحة ما ذهبا إليه أن المبدل لا يختلف، وإن اختلفت مقادير مبدلاته مـع اتفاق معانيها كـالتيمم لا يختلـف مقـداره بـاختلاف مقـدار الوضـوء والغسـل لمـا كـان معناهما واحدًا، والله أعلم.

فصل: إذا ثبت ما ذكرنا من تفسير أحكام المواضعة، فإن قولـه: **«وإنمـا تكـون قيمـة الجاريتين عليه يوم قبضهما، فـإن مـن بـاع جاريـة بجـاريتين»** لا يخلـو أن تكـون الثـلاث الجوارى من أعلى الرقيق أو وخشه، فإن كن من أعلى الرقيق ثبت حكـم المواضعـة فـى جميعهن، ثم ينظر فى الجاريتين اللتين هما عوض الجارية الواحدة.

فلابد أن تكونا مستويتين أو إحداهمـا أرفـع مـن الأخرى، فـإن هلكـت المنفـردة أو الرفيعة من الاثنتين فى المواضعة، انتقض البيع كله؛ لأن الهالكة منهما من ضمان البـائع، فرجع العوض إلى صاحبه، وما أصاب الرفيعة من الثنتين، فالدنية تبع لها.

وإن هلكت الدنية من الثنتين، فقد روى ابن المـواز، عـن ابـن القاسـم: ينتقـض البيـع كله أيضًا. وروى هو وعيسى، عن ابن القاسم: أن الدنية من بائعها يرجع بقـدر قيمتهـا من قيمتها، وقيمة التى معها فى قيمة المنفردة لضرورة الشركة، واختاره محمد.

وجه الرواية الأولى أن هلاك الجارية قبل إبرام البيع فى عوضها يوجـب نقـض العقـد كله دون مراعاة يسير ما هلك منه بخلاف ما وجد به العيب بعـد إبـرام العقـد، فإنـه لا يتعدى نقض اليسير منه إلى غيره.

ووجه الرواية الثانية أن امتنـاع التسـليم فـى يسـير المبيـع لا يوجـب نقـض البيـع فـى جميعه، إذا لم يحدث نقصًا فى غيره كالاستحقاق.

مسألة: وإن كانتا متساويتين، فإن تبايعا بجاريتين تواضعاهما.

مسألة: وإن تبايعا جاريتين، فتواضعاهما فحاضت إحداهما قبل الأخرى، فقـد روى ابن القاسم أن التى حاضت توقف كالثمن الموضوع. وروى عبد الملك، عن مـالك فـى المبسوط: يقبضها ربها، وتبقى الأخرى على حكم المواضعة.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أنها كالثمن الموضوع، لا يجوز لمبتاعها أن يقبضها حتى يسلم عوضها من المواضعة، وذلك مبنى على أن الرجوع فى عينها، إن لم يسلم عوضها.

ووجه رواية عبد الملك ما قاله أن هذه قد كمل فيها البيع، فإن سلم العوض تم البيع فيهما، وإن عرض لها مانع مضت الأولى بقيمتها، وكانت كجارية بجارية استحقت إحداهما، أو ردت بعيب، وقد لزمت مشتريها. وقال عبد الملك: ولو حدث بها الحادث قبل أن تحيض واحدة منهما فسخ البيع؛ لأن إحداهما لم تضمن بالقيمة.

فصل: ثم نرجع إلى شرح المسألة، قوله: «**ثم ينظر إلى التى بها البيع، وترد بقدر التى وقع عليها من تلك الحيضة إن كانت كثيرة أو قليلة**»، اختار بصفة التراجع فى الجملة، ولم يبين الحيضة إن كانت فى العين أو غيرها، وقد قدمنا ذكر ذلك وبيانه، وبالله تعالى التوفيق.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَشْتَرِى الْعَبْدَ فَيُؤَاجِرُهُ بالإجَارَةِ الْعَظِيمَةِ أَوِ الْغَلَّةِ الْقَلِيلَةِ، ثُمَّ يُوجَد بِهِ عَيْبٌ يُرَدُّ مِنْهُ، إِنَّهُ يُرَدُّ بذَلِكَ الْعَيْبِ، وَتَكُونُ لَهُ إجَارَتُهُ وَغَلَّتُهُ، وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِى كَانَتْ عَلَيْهِ الْجَمَاعَةُ بِبَلَدِنَا، وَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلا ابْتَاعَ عَبْدًا، فَبَنَى لَهُ دَارًا قِيمَةُ بِنَائِهَا ثَمَنُ الْعَبْدِ أَضْعَافًا ثُمَّ يُوجَد بِهِ عَيْبٌ يُرَدُّ مِنْهُ، رَدَّهُ، وَلا يُحْتَسَبُ لِلْعَبْدِ عَلَيْهِ إجَارَةٌ فِيمَا عَمِلَ لَهُ، وَكَذَلِكَ تَكُونُ لَهُ إجَارَتُهُ إِذَا آجَرَهُ مِنْ غَيْرِهِ؛ لأَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ وَهَذَا الأَمْرُ عِنْدَنَا[١].

الشرح: وهذا كما قال أن الغلة للمبتاع، وله الرد بالعيب دونها، والرجوع بجميع الثمن، وذلك أن ما يحدث فى عين المبيع على ضربين، ظاهر حين العقد، وغير ظاهر.

فالظاهر كثمرة نخلة مأبورة، والصوف الكامل على ظهور الغنم، ففى رد مثل هذا مع العيب المردود بالعيب اختلاف بين أصحابنا، قال ابن القاسم: يرد. وقال أشهب: لا يرد بشىء من ذلك، وهو للمبتاع إذا انفصل عنه قبل الرد بالعيب.

ووجه قول ابن القاسم أن للثمرة على هذه الحال، وللصرف حصة من الثمن؛ لأنه لو استحق شىء من ذلك كان للمبتاع الرجوع بقدر ذلك من الثمن، نص عليه محمد ابن سلمة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٥٨/١٩.

ووجه قول أشهب أن هذه غلة انفصلت من المبيع قبل الرد بالعيب، فلم ترد معه كاللبن فى ضروع الغنم يوم البيع. قال ابن المواز: ولم يختلف أشهب وابن القاسم فيما كان من اللبن فى ضروع الغنم عند البيع؛ لأنه لا يرد معها.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن القاسم، فإن للمبتاع إذا رد الثمرة أجر السقى والعلاج.

ووجه ذلك أنه لما وجب عليه رد الثمرة كان له أجر العمل الذى يختص بها، وإنما يكون له عندى من العمل أجر ما لو رد الثمرة لم يعلمه؛ لأنهم لم يذكروا فى مسألة الغنم الرجوع بالعمل، ونحن نعلم أن للمراعى، والسقى عليها تأثيرًا فيها، ولا يرجع من ذلك كله بشىء، وإنما يرجع بالجز عندى، ولم أر فى شىء من ذلك نصًا لأصحابنا.

فرع: فإن كانت الثمرة والصوف حاضرين، فقد ذكرنا فى مذهب ابن القاسم أنه يرد معها، فإن تلفا قبل الجز، فلا ضمان عليه عند ابن القاسم؛ لأن المبتاع يقبضهما، وكذلك مال العبد قبل الانتزاع، وإن تلف بعد الجد والجز والانتزاع، فعلى المبتاع رد ذلك، إن عرف قدرهما، رد مثلهما بالكيل والوزن، وإلا غرم قيمتها.

ولا يجوز أن تتركا عنده بحصتهما من الثمن، وإن كانت أكثر قيمة من المبيع؛ لأنه لا يجوز إفراد الثمرة قبل بدو الصلاح بالبيع، ولا صوف الغنم قبل الجز بشرط التبقية، ولو أبقى ذلك عنده بما يصيبه من الثمن لكان إفرادًا له بالبيع.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، فبما تكون الثمرة أو الصوف للمبتاع؟ الظاهر من المذهب أن يكون ذلك بالجد أو الجز وهو الذى يتطرق فى أثناء كلامه؛ لأن بذلك يتم قبضه وانفصاله من المبيع.

مسألة: فإن كان النماء غير ظاهر حين العقد، فإنه لا يخلو أن يكون عينًا أو منفعة، فإن كان عينًا، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون من جنس المبيع. والثانى: أن يكون من غير جنسه، فإن كان من جنسه كالولد، فإنه يرد من ذلك مع الأم ما كان من الحيوان. وقال الشافعى: لا يرد شىء من ذلك مع الأم.

والدليل على ما نقوله أن هذا نماء من جنس المبيع، فلم يجز إمساكه مع رد المبيع بالعيب كالسمن.

فرع: فإن كان ذلك حاضرًا رده مع المبيع، وإن كان أكله رد قيمته، وإن باعه رد ثمنه، رواه ابن المواز، عن ابن القاسم.

وروى عيسى، عن ابن القاسم فى الذى يبيع الشاة حاملاً، فتلد عند المبتاع، ويأكل سخلتها: أنه بالخيار بين أن يردها وقيمة الولد، أو يمسكها، ويأخذ قيمة العيب، قال: وجه ذلك أن قيمة الولد ربما كانت أكثر من قيمة العيب.

روى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة: أن المشترى بالخيار بين أن يردها، وما نقصتها الولادة؛ لأنها كانت ترجى يومئذ لولدها أو يمسكها، ويأخذ قيمة العيب.

ووجه رواية ابن المواز أنه نماء من جنس المبيع المعيب، فوجب أن يتبعه بالرد بالعيب كالسمن، ولا يقتضى هذا القول أن حدوث الولد لا يثبت للمبتاع الخيار فى الإمساك، والرجوع بقيمة العيب.

ووجه قول ابن القاسم فى المدنية أن هذا نماء من جنس المبيع، فوجب أن يرده أو يمسك ما اشتراه معيبًا، فإذا اعتد بذلك النماء ثمنًا، كان له أن يرد ذلك الثمن مع المعيب أو يمسك المعيب، ولا شىء له كما كان له ذلك حال وجود ذلك له.

فهذا الخيار إنما يعود إلى الإمساك والرد فقط، وهذا الخيار الذى ثبت له بوجود العيب، وإن لم تتعين العين المبيعة.

ووجه قول ابن كنانة أن الولد من جنس العين كالسمن، فيثبت به الخيار، ولا يجب أن يرد قيمته كما لا يرد قيمة السمن إذا ذهب، ولكنه لما دخل الأم النقص بالولادة، ثبت له الخيار بين أن يمسك، ويرجع بقيمة العيب، أو يرد ويرد ما نقصتها الولادة، فجعل التأثير للولادة لا للولد.

مسألة: وإن كان من غير الجنس كالثمرة التى لم تؤبر حين العقد والصوف الذى يثبت بعد العقد، فلا خلاف على المذهب أنه لا يرد من ذلك شىء مع الأصل. وقال زفر: يرد جميع ذلك.

وجه ما قلنا أنه نماء من غير جنس المبيع، فلم ترد بعد الانفصال كأجرة العمل.

فرع: ومتى يكون للمبتاع؟ حكى ابن المواز أنه ببدو الصلاح يكون للمبتاع، ويرد الأصل دونها، وإن رد الأصل قبل بدو الصلاح، فهى مع الأصل للبائع، وللمبتاع ما أنفق.

ووجه ذلك أنها تابعة للأصل ما لم يبد صلاحها، فإذا بدا صلاحها فقد ثبت لها حكم الانفصال، فهى لمن ظهرت على ملكه، وهذا عندى مبنى على أن الرد بالعيب

نقض للبيع الأول، وأما على قول من قال: إنه نقض للبيع من الأصل، فيجب أن يكون للبائع حتى يجدّه.

مسألة: وأما مال العبد، فما كان يوم البيع، رد به سيده، وكذلك ما وهب له عند المبتاع، أو تصدق به عليه، أو ربحه فى ماله، وأما ما وهبه إياه المبتاع أو أفاد من عمل سيده أو ربحه فى مال دفعه إياه المبتاع، فإن للمبتاع إمساك ذلك كله.

ووجه ذلك أن ما كان استفاده من جهة المبتاع، فهو مبتاع وما صار إليه من غير جهته، فهو مضاف إلى ماله الذى كان بيده من جهة المبتاع؛ لأن عمله له بالضمان.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنِ ابْتَاعَ رَقِيقًا فِى صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ، فَوَجَدَ فِى ذَلِكَ الرَّقِيقِ عَبْدًا مَسْرُوقًا أَوْ وَجَدَ بِعَبْدٍ مِنْهُمْ عَيْبًا، إِنَّهُ يُنْظَرُ فِيمَا وُجِدَ مَسْرُوقًا أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا، فَإِنْ كَانَ هُوَ وَجْهَ ذَلِكَ الرَّقِيقِ أَوْ أَكْثَرَهُ ثَمَنًا أَوْ مِنْ أَجْلِهِ اشْتَرَى، وَهُوَ الَّذِى فِيهِ الْفَضْلُ فِيمَا يَرَى النَّاسُ، كَانَ ذَلِكَ الْبَيْعُ مَرْدُودًا كُلُّهُ. قَالَ: وَإِنْ كَانَ الَّذِى وُجِدَ مَسْرُوقًا أَوْ وُجِدَ بِهِ الْعَيْبُ مِنْ ذَلِكَ الرَّقِيقِ فِى الشَّىْءِ الْيَسِيرِ مِنْهُ، لَيْسَ هُوَ وَجْهَ ذَلِكَ الرَّقِيقِ، وَلا مِنْ أَجْلِهِ اشْتُرِىَ، وَلا فِيهِ الْفَضْلُ فِيمَا يَرَى النَّاسُ، رُدَّ ذَلِكَ الَّذِى وُجِدَ بِهِ الْعَيْبُ أَوْ وُجِدَ مَسْرُوقًا بِعَيْنِهِ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِى اشْتَرَى بِهِ أُولَئِكَ الرَّقِيقَ(١).

---

(١) قد اختلف العلماء فى هذه المسألة قديمًا وحديثًا: فكان شريح، والشعبى، والقاسم بن عبد الرحمن، وحماد بن أبى سليمان يذهبون إلى أنه لا يرد المعيب وحده، وأنه مخير فى أن يحبس الصفقة كلها، أو يردها كلها. وبه قال أبو ثور.

وقال أبو حنيفة، وأصحابه، إلا زفر: إذا اشترى عبدين صفقة واحدة، فلم يقبضها أو واحدًا منهما حتى وجد عيبًا بأحدهما، فإما أن يردهما، أو يأخذهما، فإن قبضها، ووجد عيبًا رد المعيب بحصته، ولو كان المبيع صبرة طعام، أو تمر، أو ما أشبه ذلك، رد الجميع إذا وجد عيبًا، أو حبس الجميع؛ لأن نظره إلى شىء من الطعام يجزئه، ولابد فى العبيد، أو الثياب من تغلب كل عبدٍ، وكل ثوب. وهو قول الحسن بن صالح.

وقال زفر: الرقيق، والثياب يرد العيب بحصته قبل القبض وبعده. وهو قول الثورى.

وروى ذلك عن ابن سيرين، وابن شبرمة، والحارث العكلى، ولم بفرقوا بين قبل القبض، وبعده، فإن كان المبيع شيئين، لا يقوم أحدهما إلا بالآخر كالخفين والنعلين، أو مصراعى الباب، فوجد بأحداهما عيبًا، لم يختلفوا أنه لا يرده وحده، ويردهما جميعًا، أو يمسكهما جميعًا.

الشرح: أن من اشترى رقيقًا جملة، فاستحق واحد منهم أو وجد به عيب، فإن كان الذى به العيب له معظم الثمن رد بالعيب جميع الجملة، وإن لم يكن كذلك رده وحده بما يصيبه من الثمن، وكذلك فى الاستحقاق، إلا أن العيب الذى فيه هل يعتبر لنفسه خاصة أو بجميع الجملة؟ روى ابن المواز، عن أشهب: إن كان ذلك العيب ينقص الجملة، كان له رد ذلك الرأس وحده بالعيب، وإن كان لا ينقص الجملة، لم يرده بالعيب، وإن كان ينقص إصبعًا خاصة، واستحسنه ابن المواز.

ووجه ذلك أنه لم يفرد بالبيع، فيعتبر العيب فى نفسه خاصة، وإنما بيع مع الجملة، فلا يجوز أن يعتبر العيب به وحده كالعضو.

مسألة: وإن استحق بعض الجملة، فلابد أن يكون المستحق جزءًا شائعًا أو غير شائع، فإن استحق جزء، فلا يخلو أن تنقسم الجملة على ذلك الجزء أو لا تنقسم، فإن انقسمت الجملة على ذلك الجزء كالمكيل والموزون والمعدود، فهو على حسب ما قدمناه من العيب يوجد بالقليل من الجملة، أما معظمها فى التخيير، إن كان ذلك الجزء معظم الجملة كان للمبتاع فى الاستحقاق إمساك الباقى بما يصيبه من الثمن، أو رده والرجوع بجميع الثمن، وإن كان الجزء أقل من الثمن الجملة أو اليسير منها، لزمه الباقى بما يصيبه.

مسألة: وإن كان الجزء المستحق لا تنقسم عليه الجملة، فهو مخير بين أن يمسك الباقى بما يصيبه من الثمن، أو يرده، قل ذلك أو كثر؛ لأنه يدخل عليه مضرة الشركة فى آحاد تلك الجملة.

=وقال الأوزاعى فى العبدين، أو الثوبين، أو الدابتين، وما كان مثل ذلك: إن سمى لكل واحد ثمنا رد المعيب خاصة، وإن لم يسم لكل واحدٍ ثمنًا، وجعل جملة الثمن لجملة الصفقة، فإن له أن يرد الجميع، أو يرضى الجميع.

ومن مثال ذلك عنده أن يشترى عشرة أثواب صفقة واحدة بعشرة دنانير، ثم يجد عيبًا، يرد من مثله، فإنه يرد البيع كله. وإن قال: أبيعك هذه العشرة الأثواب بعشرة دنانير، كل ثوب منها بدينار، فإنه يرد المعيب خاصة.

وقال عبيد الله بن الحسن: يرد المعيب خاصة، كقول الثورى، والحارث العكلى. وعن الشافعى روايتان: إحداهما: يرد المعيب بحصته. والأخرى: يردهما جميعًا، أو يمسك.

وحكى أصحابه أن له فى تفريق الصفقة ثلاثة أقوال: أحدها: يبطل البيع فى قدر المبيع، أو فى قدر ما يرد، ويصح فى الباقى بحصته. والثالث: أن لا يرد شيئًا، والبيع صحيح، ولا تفرق الصفقة، ولكن يرد الجميع أو يمسك، وبالله التوفيق.

انظر هذه المسألة فى: الاستذكار ١٩/٦٤، وما بعدها.

فصل: فإن استحق جزء غير شائع، فلابد أن يكون مما الغرض فى مبلغه دون أعيانه كالمكيل والموزون والمعدود، أو يكون مما الغرض فى أعيانه كالثياب والحيوان، فإن كان مما الغرض فى سلعته، فلا يخلو أن يكون ذلك المستحق منه مقدار نصفه أو أقل أو أكثر.

فإن كان أكثر من النصف، كان له رد الباقى على ما قدمناه، وإن كان أقل من النصف، لزمه الباقى بحصته من الثمن، وإن كان النصفان سواء، فهل يكون له الرد أم لا؟ قال ابن القاسم: له الرد. وقال أشهب: يلزمه النصف الثانى بنصف الثمن.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا مما لا غرض فى أعيانه، وإنما الغرض فى مبلغه، وإنما اشترى بجملته، فإذا استحق النصف، فقد ذهب المقصود منه، فثبت له الرد.

ووجه ما قاله أشهب أن استحقاق نصف المبيع، يلزمه النصف الثانى كالعبدين المتكافئين.

مسألة: فإن كان مما الغرض فى عينه، فلا اعتبار بقيمته دون عينه، فإن استحق بعض آحاد الجملة، فلا يخلو أن يكون ما استحق منه النصف أو أكثر أو أقل، فإن كان استحق ما قيمته النصف، فقد قال ابن القاسم فى العبدين المتساويين، يجد المبتاع بأحدهما عيبًا: رده، وأخذ ما يصيبه من الثمن، وكذلك الاستحقاق، وهو قول أشهب، ويلزمه الباقى بنصف الثمن.

وكذلك إن استحق ما قيمته أقل من النصف، فعلى قول ابن القاسم، لا يلزمه السالم من هذا النوع حتى تكون قيمته أكثر من النصف، ويلزمه فى المكيل والموزون إذا كانت قيمته النصف.

مسألة: فإن استحق ما قيمته أكثر من النصف، فهل يرد الجميع؟ المشهور من المذهب، أن له رد الجميع. وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه، فوجد تسعة: أن الواحدة تلزمه بما ينوبها من الثمن، فإن لم تكن قيمتها تخالف قيم غيرها، فهو خلاف المذهب، ولعله قد تعلق ذلك بأن ضرورة الشركة منتفية عنها.

فرع: فإذا قلنا يرد الباقى، فهل له الخيار بين الإمساك والرد أم لا؟ قال ابن القاسم وأشهب: ليس له أخذ الباقى بما يلزمه من الثمن؛ لأنه الآن ابتياع بثمن مجهول؛ لأن ما يصيبه من الثمن مجهول.

وقال ابن حبيب: له ذلك فى الاستحقاق والعيب إذا تراضى المتبايعان؛ لأن العقد قد

كمل على صحة ومعرفة بالثمن، فلا اعتبار بجهلهما بالثمن عند الحكم كما لو استحق النصف أو أقل من النصف.

قال: وهذا بخلاف من ابتاع جاريتين، فهلكت العليا فى المواضعة، فإنه ليس له أخذ الأدون بما يصيبها من الثمن؛ لأن البيع لم يكن كمل فيها، وهذا الذى قاله ابن حبيب ظاهر، ولابن القاسم وأشهب مسائل تقتضيه؛ لأنه لا خلاف فى المذهب أن من ابتاع جارية، فحدث بها عنده عيب مفسد، ثم اطلع على عيب قديم، أنه بالخيار بين أن يمسكها، ويسقط عنه قدر العيب من ثمن الجارية، وبين أن يردها، وقيمة العيب الحادث عنده، فإذا اختار الإمساك، فقد أمسكها بثمن مجهول، ولم يمنع ذلك صحة العقد.

مسألة: وسواء قوبلت الجملة بثمن واحد أو قوبل كل عين منها بثمن مسمى، فإنه ينظر إلى قيمتها ولا يعتبر بتلك التسمية؛ لأن التسمية حين العقد لا تشاح فيما يزيده فى أثمان بعضها وينقصه من سائرها، وأما حين الرد بالعيب، فيجب أن يتحرى فى قيمتها.

مسألة: وحكم هذه المسائل كلها فى الرد بالعيب على حسب ما ذكرناه فى الاستحقاق، إلا أن يجد ببعض الجملة عيبًا والمبيع مما الغرض فى معيبه، فإن أراد أن يأخذ المبتاع السليم بحصة من الثمن، لم يكن له ذلك إلا برضا البائع، فإن شاء البائع أن يلزمه ذلك وأبى هو، لزمه إذا كان كثيرًا، وإن كان الغرض فى أعيان المبيع، وكان العيب بأقله، فإن للمبتاع أخذ السليم بحصته من الثمن، وإن كره ذلك البائع.

ووجه ذلك أن المكيل والموزون الغرض فى مبلغه، فيحمل سالمه معيبه، ففى أخذ السليم دون المعيب إضرار بالبائع، وما كان الغرض فى أعيانه كالرقيق والثياب، فإنه لا يقصد منه الكثير، ولا يراد منه الأعيان، فلا مضرة عليه فى إقراره السليم بما يصيبه من الثمن.

* * *

ما يفعل بالوليدة إذا بيعت والشرط فيها

١٢٧٨ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عُبَيْدَ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ ابْتَاعَ جَارِيَةً مِنِ امْرَأَتِهِ زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ، وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنَّكَ إِنْ بِعْتَهَا، فَهِيَ لِي بِالثَّمَنِ الَّذِي تَبِيعُهَا بِهِ، فَسَأَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ عَنْ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ

١٢٧٨ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٥/٣٣٦. عبد الرزاق فى المصنف ٨/٥٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٥٩.

الْخَطَّابِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لا تَقْرَبْهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لأَحَدٍ.

الشرح: ظاهر قوله: «**وشرطت عليه أنك إن بعتها، فهي لي بالثمن**»، يقتضى أن ذلك كان فى نفس العقد على وجه الشرط، ولم يكن على وجه التطوع منه بعد كمال العقد، وهذا يسميه العلماء الثنيا، ويسمون البيع المنعقد بهذا الشرط بيع الثنيا، وهو بيع فاسد مع النقد؛ لأن الثنيا فى البيع لا تخلو أن تكون غير مؤقتة أو مؤقتة.

فإن كانت غير مؤقتة مثل أن يقول له المبتاع: متى جئت بالثمن، رددت عليك المبيع أو يقول له: متى أردت بيعها رددتها عليك بالثمن الذى أعطى بها، أو بالثمن الذى اشتريتها به، فهذا كله غير جائز.

والأصل فى ذلك ما روى أبو الزبير عن جابر، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والمزابنة، ورخص فى العرايا»(*).

ومن جهة المعنى أن البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع، ثم يرده إليه متى شاء، فيكون تارة مبيعًا، وتارة سلفًا. علل ابن القاسم بهذا، وعلل سحنون بأنه سلف يجر منفعة، وذلك أنه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع.

وقد يعترض على التعليلين أن فى البيع والسلف يتميز السلف من الثمن، وذلك معدوم فى مسألتنا، ولو قال: يكون تارة بيعًا وتارة سلفًا، لكان أقرب.

ولعل ابن القاسم قد أراد ذلك، وما قاله سحنون أنه سلف جر منفعة فيه نظر أيضًا؛ لأن السلف يرد على كل حال، وهذا للبائع أن لا يرتجع، فلا يكون سلفًا، وله أن يرتجع فيكون سلفًا.

والفرق بين التعليلين أن البيع والسلف من اشتراط السلف أن يتركه، ويجوز البيع قبل الغيب على السلف، ولما لم يجوز ذلك سحنون فى هذه المسألة منع أن يكون بيعًا وسلفًا. وقال: هو سلف يجر منفعة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان هذا فى الإقالة، وذلك أن يسأل المبتاع البائع أن يقيله، فيقول البائع: أقيلك على أنك إن أردت بيعه، فأنا أولى به بالثمن، فيقبله على ذلك ثم يبيعه لمبتاع، روى أشهب عن مالك أن المقيل أحق بالثمن الذى باعه به المقال، ولا تفسخ الأولى.

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٧٩، ٤٥٢٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٥٠٤.

وجه ذلك أن الإقالة باب من المعروف يخالف البيع الذى هو مبنى على المكايسة والمغابنة.

ولو شرط إذا أقاله أن يكون له بالثمن الأول، فروى سحنون عن ابن القاسم أنه إن علم به انتقال البيع، فبيعه مردود.

وإن لم يكن كذلك، وطال فبيع المستقبل نافذ كالذى سأل زوجته وضع صداقها، فقالت: أخاف الطلاق، فقال: لا أفعل، فوضعته، ثم طلقها، فإن كان بقرب ذلك فلها الرجوع، وإن كان بعد طول الزمان بما لا يتهم فيه أن يكون خدعها، فلا رجوع لها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وجه هذا عندى أن المسألة مبنية عنده على أن الإقالة فسخ، وليست بعقد بيع، ولذلك احتج عليها بالطلاق الذى ليس بتمليك، وإنما هو إزالة ملك، فلا يؤثر فيه ما لا يصح من الشروط.

وعلى قولنا بأن الإقالة بيع من البيوع يفسدها ما يفسد البيوع، ويصححها ما يصحح البيوع، وعلى حسب ما قاله ابن القاسم فى غير موضع يجب أن لا تصح الإقالة ويفسدها هذا الشرط؛ لأنه يمنع المقال من صحة ملك انتقل إليه بالإقالة.

مسألة: وأما إذا ضرب إلى ذلك أجل أو نقد الثمن، فقال: إن جئتنى إلى أجل كذا وكذا، فهو لك رد عليك، فهذا أيضًا لا يجوز ويدخله ما يدخل غير المؤجل من البيع والسلف، فإن نقده الثمن، فقال: إن لم تأت به إلى وقت كذا وكذا، فقد وجب البيع، فجاءه بعد ذلك البائع، ثبت البيع.

وقال ابن القاسم: صار البيع جائزًا، وقد كان حرامًا. وقال محمد: وكذا إذا رضى المشترى، وقد فسخنا الأول، ولعله رآه من بيع الشروط التى إن ترك الشرط مشترطه مضى البيع، لقول ابن القاسم: قد كان البيع حرامًا، يدل على فساد العقد الأول؛ لأن نقده ثمنًا على أنه إن رد المبيع كان سلفًا، وإن أمضاه كان بيعًا، ثم تأول ابن المواز إجازته له بعد ذلك.

واحتمل عنده وجهين، أحدهما: أن يكون هذا الشرط يجوز أن يسقط من شرطه ليصح العقد كالسلف والبيع، وهذا لا يصح إلا بأن لا يغتاب على الثمن حتى يسقط عند ابن القاسم.

والوجه الثانى: أن يكون قد فسخا العقد الأول، وسنذكر حكمه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما إن تطوع المبتاع بعد كمال العقد وملكه للمبيع، فقال أصبغ: إذا سلما من مداهنة أو مواعدة، فذلك جائز ضربا لذلك أجلاً أو لم يضرباه إلا في الإماء لما يحذر فيه من إعارة الفرج.

فإن أطلق ذلك أو ضرب له أجلاً بعيدًا، لم يصح، ولم يلزم هذا الشرط إلا أن يدرك ذلك المشروط بحرارة الأمر، لعله يريد عند قوله ذلك وقبل أن يغيب عليها ويمكنه وطؤها، فإن ضربا لذلك أجلاً أقرب من مدة خروجها من الاستبراء، فذلك لازم؛ لأنه قد سلم مما خفناه، ويجب أن يلحق بذلك من لا يجوز للمبتاع وطؤه من ذوات محارمه من الإماء.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو فيما تطوع فيه بالثنيا من أن يضرب له أجلاً أو لا يضرب له أجلاً، فإن ضرب له أجلاً، فليس له أن يحدث فيه شيئًا يقطع به ذلك إلى منتهى الأجل، وإن لم يضرب لذلك أجلاً، فلمن جعل له ذلك القيام بالثنيا متى كانت في ملك الذى جعلها له، وإن خرجت عن ملكه سقط ذلك.

ووجه ذلك أن الثنيا إنما هي على وجه المعروف، والإطلاق في ذلك لا يتعذر، ولا يجوز أن يمنع المالك من التصرف التام، فإذا ألقاه عنده كان له ثنيا، وإن خرج عن ملكه، لم يكن له إبطال تصرفه فيه بالبيع أو الهبة.

فصل: وسؤال ابن مسعود عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن هذه القضية، وهو من أهل العلم والاجتهاد، يحتمل معاني، إحداها أن يكون خفي عليه حكمها، وأراد أن يقلده فيها على رأى من رأى أن للعالم أن يقلد من هو أعلم منه، ويحتمل أن يكون أراد أن يبين له وجهًا حتى يعلم عبد الله بن مسعود حكمها بالدليل الذى يرشده إليه، ويحتمل أن يسأله عن ذلك مع معرفته بحكمها ليعلم موافقته له فيها أو مخالفته.

فصل: وقول عمر: **«لا تقربها وفيها شرط لأحد»**[1]، قال أبو مصعب في المبسوط: معنى ذلك: لا تبتعها وفيها شرط لأحد، ومعنى ذلك لا تشترها بهذا الشرط، وهذا

---

(١) قال في الاستذكار ٦٨/١٩: ظاهر قول عمر لابن مسعود: لا تقربها، فيدل على أنه أمضى شراءه لها، ونهاه عن مسيسها. هذا هو الأظهر فيه، ويحتمل ظاهره أيضًا في قوله: لا تقربها أى تنح عنها، وافسخ البيع فيها، فهو بيع فاسد. وقد روى نحو هذا المعنى في هذا الخبر:

رواه سفيان بن عيينة، عن مسور، عن القاسم بن عبد الرحمن أن ابن مسعود اشترى من امرأته جارية، واشترطت عليه خدمتها، فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك فقال له عمر: ليس من مالك ما كان فيه مثبوتة لغيرك.

يقتضى منعه من هذا الابتياع لفساده، ورواه عن مالك، ويحتمل عندى أن يريد به لا تقربها في الوطء مع بقاء هذا الشرط فيها، ويكون حكم العقد فى الفساد والصحة مسكوتًا عنه.

١٢٧٩ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: لا يَطَأُ الرَّجُلُ وَلِيدَةً إِلا وَلِيدَةً، إِنْ شَاءَ بَاعَهَا، وَإِنْ شَاءَ وَهَبَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ صَنَعَ بِهَا مَا شَاءَ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**لا يطأ الرجل وليدة إلا وليدة، إن شاء باعها، وإن شاء وهبها**»، منع من وطئها إلا مع هذه الشروط، وهذا يقتضى أن كل بيع لا يشبه هذه الشروط فاسد؛ لأن ملك اليمين يبيح الوطء إن لم يمنع من ذلك مانع بحرمة أو غيرها، فإن لم يبح ذلك بوجه لم يكن ملكًا تامًا.

ووجه فساد العقد أن ما يشترط البائع على المشترى فى البيع على ضربين، أحدهما: لا يقع إلا بعد انقضاء ملك المبتاع كبيع العبد أو الأمة، واشتراط الولاء قبل هذا الشرط لا يثبت ولا يفسد العقد؛ لأنه قد سلم فيه الملك من حق البائع، فلم يؤثر فسادًا فى البيع، وشرط عليه ما لا يملكه المبتاع، فلا يثبت الشرط.

مسألة: والثانى أن يشترط عليه فى البيع ما يقع فى مدة ملك المبتاع للمبيع، وذلك على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يشترط البائع فى المبيع منفعة لنفسه. والثانى: أن يشترط على المبتاع إيقاع معنى فى المبيع. والثالث: أن يشترط عليه منعًا من تصرف عام أو خاص، فإذا اشترط منفعة فى المبيع، فمثل أن يبيع دارًا ويشترط سكناها أو دابة ويشترط ركوبها أو غلامًا، ويشترط خدمته أو ثوبًا، ويشترط لبسه، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما الضرب الثانى، وهو أن يشترط المبتاع إيقاع معنى فى المبيع، فعلى وجهين، أحدهما: أن يشترط إيقاع معنى من معانى البر. والثانى: أن يشترط ما ليس برًّا، فأما الأول مثل أن يشترط عليه فى العبد العتق أو التدبير أو فى الأمة الاستيلاد، فإن ذلك ينقسم على قسمين، أحدهما أن يشترط عليه من ذلك ما يتعجل مقصوده كالعتق المعجل.

١٢٧٩ – ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٦٠.

والقسم الثانى أن يشترط عليه ما يتأجل مقصوده كالاستيلاد والتدبير والعتق المؤجل والكتابة، فأما اشتراط العتق المعجل، وما يتعجل مقصوده بأثر العقد، فهو جائز لبعده عن الغرر، وبهذا قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع الرقيق بشرط العتق.

والدليل على ما نقوله أن هذا بيع يجب به العتق، فلم يمنع ذلك صحة البيع كبيع الآبق من أبيه.

مسألة: فإذا ثبت ذلك، فإن أرد المبتاع التمسك بالعبد، وامتنع من إنفاذ العتق، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فقال أشهب: يجبر على العتق، وقاله ابن كنانة فى المدنية، وزاد: ولو رضى البائع بذلك لم يكن له ذلك، ولم ينتفع بقول البائع فى هذا، ويعتق عليه. قال ابن القاسم: إن كان اشتراه على إيجاب العتق، فهو حر، وإن كان اشتراه من غير إيجاب عتق لم يجبر على عتقه.

وجه ما قاله أشهب قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة: ١]، وهذا قد عوقد على العتق، فهو مأمور بأن يفى به.

ومن جهة المعنى أن هذا شرط جائز اشترطه البائع فى المبيع، فلم يكن للمبتاع نقضه كما لو شرط فيه استخدام يوم أو يومين.

ووجه قول ابن القاسم أن العتق ليس بحق للبائع، فليس له الخيار على ابتداء إيقاعه كما لو لم يشترط ذلك.

فرع: والإيجاب عند ابن القاسم أن يقول: إن اشتريته منك، فهو حر، وإن لم يقل ذلك، وإنما شرط أن يستأنف عتقه بعد كمال ملكه، فليس بإيجاب، فإذا قلنا فى ذلك برواية ابن القاسم، فإن شح البائع فوجد العبد لم يفت كان بالخيار بين أن يمضيه للمبتاع دون شرط، وبين أن ينقض البيع.

وقد تقدم من قول ابن كنانة: ليس للبائع ترك العتق، وإن كان قد فات، فله الرجوع عليه بما وضع له من الثمن بسبب الشرط.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى هذا عندى أن يقوم بهذا الشرط، ويقوم دونه، ويرجع من الثمن بما بين القيمتين، وبما ذكر يفوت هذا العبد، قال ابن القاسم: تفيته حوالة الأسواق بما زاد. وقال أصبغ: لا تفيته حوالة الأسواق ولا التغير اليسير فى البدن.

مسألة: وأما ما يتأجل مقصوده كالتدبير والوصية بعتقه أو الكتابة، فإن الشرط يبطل ويبطل العقد ما لم يفت. ووجه ذلك أنه أجل المقصود من المستثنى فى العبد إلى أجل بعيد، فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن يستخدمه يومًا بعد عام.

فصل: وأما إن شرط على المبتاع إيقاع ما ليس ببر مثل أن يشترط عليه بيعها أو الخروج بها إلى بلد معين أو يشترط عليه المنع من التصرف فيها مثل أن يشترط عليه أن لا يبيعها أو لا يهبها، ولا يتصدق بها، ولا يشترى أو لا يستخدم خدمة معينة، فهذا كله لا يجوز، فإن وقع، فقد روى محمد عن مالك: يبطل البيع إلا أن يترك المشترط ما شرط.

وروى ابن نافع عن مالك: ليس له إسقاط الشرط، ويفسخ العقد ما لم يفت. وروى داود بن جعفر عن مالك فى المدنية: لا يجوز ذلك فى شىء من السلع لما يحدث فى ذلك من الدين والحاجة تنزل بالمبتاع.

ووجه ذلك ما قدمناه، فلذلك كان عبد الله بن عمر يقول: «**لا يطأ الرجل وليدة إلا وليدة إن شاء باعها وإن شاء أمسكها، وإن شاء وهبها**»؛ لأنه إذا لم يكن له التصرف فيها بذلك كله، فملكه عليها غير صحيح، فلا يحل له وطؤها بملك اليمين إلا أنه إذا لزمته القيمة فيها بالفوات جاز له وطؤها حينئذ؛ لأنه قد تقرر ملكه عليها، فإن وطئها قبل أن تفوت عنده، ويصح ملكه عليها، كان ذلك فوتًا للبيع الفاسد على ما سنذكره بعد هذا، إن شاء الله.

مسألة: ومن ابتاع جارية، فقال له أبو الجارية: ابتعها، وأنا أعينك فى ثمنها بكذا وكذا دينارًا على أن تحبسها ولا تبيعها، فأخذ ذلك من أبيها ثم ابتاعها على هذا الشرط، فإن البيع قد سلم مما يكره، وإن أراد أن يبيعها رد على أبيها ما أخذ منه، قاله ابن كنانة فى المدنية، ورواه عيسى عن ابن القاسم.

قَالَ مَالِكٌ فِيمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى شَرْطِ أَنْ لا يَبِيعَهَا وَلا يَهَبَهَا أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ، فَإِنَّهُ لا يَنْبَغِي لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَطَأَهَا، وَذَلِكَ أَنَّهُ لا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلا أَنْ يَهَبَهَا، فَإِنْ كَانَ لا يَمْلِكُ ذَلِكَ مِنْهَا فَلَمْ يَمْلِكْهَا مِلْكًا تَامًّا؛ لأَنَّهُ قَدِ اسْتُثْنِيَ عَلَيْهِ فِيهَا مَا مَلَكَهُ بِيَدِ غَيْرِهِ، فَإِذَا دَخَلَ هَذَا الشَّرْطُ لَمْ يَصْلُحْ، وَكَانَ بَيْعًا مَكْرُوهًا[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٦٩، وقال: أول كلام مالك فى قوله: لا ينبغى=

الشرح: وهذا كما قال أن من ابتاع جارية على شرط من هذه الشروط، فإن ملكه لم يتم فيها، والبيع مقتضاه الملك التام، فإذا شرط عليه فيه ما يمنعه صحة الملك، وجب أن يفسده كاشتراط عدم التسليم، ولا يلزم على هذا العتق، فإن العتق إذا كان معجلاً، لم يكن له الوطء، وإن كان مؤجلاً، لم يجز العقد، وقد تقدم بسط القول في ذلك كله.

مسألة: وهذا إن شرط أن لا يبيعها جملة، وأما إن شرط أن لا يبيعها، ولا يهب ولا يعتق حتى يعطيه الثمن، فقد روى داود عن مالك في المدنية: أن ذلك جائز في العبد والوليدة وسائر السلع، وله أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل. وروى ابن المواز عن مالك جواز ذلك في السلع.

وقال محمد: وهذ في مثل الأجل القصير اليوم واليومين استحسان أيضًا، وأما ما طال أو إلى غير أجل، فلا خير فيه. وروى ابن أبى زمنين، عن على بن زياد، عن مالك: لا بأس بذلك في العبد والأمة والوليدة وسائر السلع إذا كان الثمن إلى أجل معلوم؛ لأنه بمنزلة الرهن.

وقال ابن القاسم في الموازية: إذا اشترط في شيء من السلع أن لا يبيع، ولا يهب حتى يقبض الثمن، فلا خير في هذا البيع.

وجه قول مالك ما احتج به من أن لها حكم الرهن إذا جاز له أن يرتهن غير المبيع، جاز أن يرتهن المبيع مع أن المبتاع قادر على التصرف فيها بأن يقضى الثمن.

ووجه آخر أن هذا بيع، فجاز للبائع أن يمنع المبتاع من المبيع حتى يدفع إليه الثمن كبيع العقد.

ووجه قول ابن القاسم أنه شرط يمنع المبتاع من التصرف في المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها، فوجب أن يمنع ذلك صحة البيع كما لو شرط ذلك بعد الانتقاء.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فقد روى داود بن دينار عن مالك أن للمبيع حكم الرهن وللبائع أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها بما يحاز به المرهون على يدى عدل.

وإن قلنا بقول ابن القاسم، ففى العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم فيمن شرط

=للمشترى أن يطأها يدل على جواز البيع، وكراهته الوطء، وقوله يدل على أنه لا يجوز هذا البيع، وهو مذهبه، ومذهب أصحابه، رحمه الله.

ذلك فى بيع سفينة يفسخ البيع ما لم يفت، فإن فات مضى البيع ولم يرد.

فصل: وقوله: «**لا يجوز له أن يبيعها ولا يهبها**»، يحتمل أن يكون مبنيًا على أن البيع الصحيح لا يفيت البيع الفاسد، ويحتمل أن يريد أن الشرط يمنع من ذلك، فهو ممنوع إلا أنه إن أوقعه، فات به البيع كوطء الأمة.

* * *

النهى عن أن يطأ الرجل وليدة لها زوج

١٢٨٠ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَامِرٍ أَهْدَى لِعُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ جَارِيَةً، وَلَهَا زَوْجٌ ابْتَاعَهَا بِالْبَصْرَةِ، فَقَالَ عُثْمَانُ: لا أَقْرَبُهَا حَتَّى يُفَارِقَهَا زَوْجُهَا، فَأَرْضَى ابْنُ عَامِرٍ زَوْجَهَا، فَفَارَقَهَا.

الشرح: قوله: «**أن عثمان رضى الله عنه قال: لا أقربها حتى يفارقها زوجها**»، يريد أن استباحة الوطء بالنكاح مقدم على استباحته بملك اليمين؛ لأن الوطء مقصود النكاح ومقتضاه، ولذلك لا يجوز أن ينعقد على من لا يستباح وطؤها، وليس كذلك ملك اليمين، فإن الوطء مقصوده، ولذلك يجوز أن يملك من لا يحل له وطؤها، ولذلك من كانت له أمة لها زوج لم يحل له وطؤها؛ لأن الزوج أملك باستباحة بضعها، فحرمت على السيد.

فصل: وقوله: «**ابتاعها بالبصرة**»، ظاهره أنه إنما ابتاعها ذات زوج، ويحتمل أن تكون ذات زوج حين الهدية، وأنها حين البيع لم تكن ذات زوج غير أن اللفظ فى المعنى الأول أظهر، وذلك يقتضى أن بيع الأمة لا يكون طلاقًا، وعلى هذا جماعة الفقهاء، إلا ما يروون عن عبد الله بن عباس أنه قال: بيع الأمة طلاق.

فصل: وقوله: «**فأرضى ابن عمر زوجها ففارقها**»، يقتضى أن السيد لا يملك فسخ نكاحها؛ لأن الزوج قد ملك بضعها وسواء كان السيد هو العاقد أو غيره، وإنما أراد ابن عمر بمفارقة الزوج لها أن يستبيحها عثمان، وذلك لا يكون إلا بعد مفارقة الزوج لها، وانقضاء عدتها منه، فأرضاه بمال أعطاه إياه أو غيره على أن يفارقها؛ لأن عصمة الزوج لا تزول عنها إلا بوفاة أو طلاق أو فسخ.

وقد ذكرنا كل نوع من ذلك فى كتاب العدة بما يغنى عن إعادته، إلا أننا نذكر منه

١٢٨٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦١.

هنا ما يتعلق بالاستبراء الذى يبيحها للسيد، وذلك أن عدة الأمة فى وفاة زوجها شهران وخمس ليال تتخللها حيضة، فإن كانت عند السيد المبتاع لها من أول العدة، أجزأه ذلك من استبرائها، وإن اشتراها فى أثناء العدة فاستبراؤها أقصى الأجلين الحيضة أو انقضاء الأيام.

فرع: وأما إذا ثبت ذلك، وكانت براءتها فى حقه الحيض أو بدله لمن تأخر حيضها على ما تقدم، وذلك لمن ارتفع حيضها ثلاثة أشهر أو تسعة أشهر على الروايتين فى ذلك، ويعتد بهما من يوم الشراء ويدخل فيهما شهران وخمس ليال.

مسألة: وأما الطلاق فلا يخلو أن يكون باعها غير زوجها أو يكون باعها زوجها، فإن كان باعها غير زوجها، وقد طلقها الزوج، فإن كانت بقيت جميع عدتها، وهى حيضتان، فلا يستبيحها الذى اشتراها حتى تحيضهما؛ لأن ذلك حق الزوج، وإن كانت بقيت حيضة واحدة استباحها السيد بوجودها؛ لأن فى ذلك تمام عدة الزوج واستبراء المشترى.

مسألة: فإن كان البائع هو الزوج، فلا يخلو أن يكون أصابها بملك النكاح أولاً أو لم يصبها؟ فإن كان أصابها بملك النكاح ثم استبرأها ثم باعها قبل أن يصيبها بملك اليمين، فالعدة فيها من وقت الشراء؛ لأن النكاح انفسخ بعقد الشراء، وكم عدتها؟ عن مالك فى ذلك روايتان، فالمشهور أن عدتها حيضتان، وروى عنه حيضة واحدة، والأول أصح؛ لأن عقد الملك يؤثر فى عقد النكاح، ولا يؤثر فى الإصابة، وإنما يؤثر فيه ويزيل حكمه الإصابة بملك اليمين.

فرع: وإذا قلنا إن عدتها حيضتان، فإن كان المشترى من الزوج اشتراها قبل أن تحيض الحيضتين أو بعدما حاضت إحداهما، ففى الحيضة الثانية ما ينقضى به استبراؤه لها.

مسألة: فإن أصابها بملك اليمين ثم باعها، فقد بطل حكم النكاح، وصار حكمها حكم الإماء الاستبراء فى حق البائع والمشترى.

مسألة: فأما وضع الحمل، فإنه يكمل به الاستبراء وعدة الوفاة والطلاق لا يترقب شىء عنده؛ لأن الاستبراء بالحيض والشهور إنما هو من أجل توقع الحمل، فإذا ظهر الحمل، فلا براءة إلا بوضعه، فإذا وضعته لم يتوقع غيره؛ لأنه قد تيقن بوضعه البراءة من غيره.

١٢٨١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِى سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ ابْتَاعَ وَلِيدَةً، فَوَجَدَهَا ذَاتَ زَوْجٍ، فَرَدَّهَا.

الشرح: قوله: **«أنه وجد الأمة ذات زوج فردها»**، يقتضى أن ذلك عيب فيها، وقد تقدم ذكره، وإدخال مالك رحمه الله هذا الحديث فى هذا الباب بمعنى أن الزوج يمنع السيد من الوطء وهو من بعض العيوب التى يؤثر فيها الزوج.

* * *

ما جاء فى ثمر المال يباع أصله

١٢٨٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلا قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ».

الشرح: قوله ﷺ: **«من باع نخلاً قد أبرت»**، التأبير فى النخل هو التلقيح. قال صاحب العين: أبرت النخل أؤبرها أبرًا، وأبرتها، لقحتها. وقال الخليل: الأبر، لقاح النخل، يقال أبرها أبرًا، إذا لقحها، والتلقيح أن يؤخذ طلع ذكر النخل، فيعلق بين طلع الإناث. وقال ابن حبيب: التأبير أن يشق الطلع عن الثمرة.

وقال مالك: قال الله تعالى: **﴿وأرسلنا الرياح لواقح﴾** [الحجر: ٢٢]، فإذا تم اللقاح، فسقط ما سقط، وثبت ما ثبت، فحينئذ تكون الثمرة للبائع بإطلاق العقد والتأبير على هذا إصلاحها للقاح، فإذا لقحت وانعقد النور فيها فيما ينور، فقد تم اللقاح، وثبت حكم التأبير، وإذا اشتق طلع قبل إبانه، فتأخر تأبيره وقد أبر عنده ممن حاله مثل حاله، فحكمه حكم ما أبر.

مسألة: وما عدا النخل من سائر الأشجار، فالتأبير فيه ما قدمنا ذكره، وفى التين وما لا زمن له أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها ظاهرة وتتميز عن أصلها، فهذا بمنزلة التأبير فيها؛ لأنه حينئذ يظهر ويتبين حاله وكثرته وقلته، والتأبير فى النخل التى لا تؤبر أن تبلغ مبلغ الإبار فى غيرها.

١٢٨١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٢.

١٢٨٢ - أخرجه الشافعى فى الأم ٤١/٤، باب ثمر الحائط يباع أصله. البخارى فى البيوع ٢٢٠٤. مسلم فى البيوع ٣٨٢٦. أبو داود فى البيوع ٣٤٣٤. النسائى فى الشروط من سننه الكبرى على ما جاء فى تحفة الأشراف ٢٠٩/٣. ابن ماجه فى التجارات ٢٢١٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٣.

وأما الزرع، فإباره أن يفرك، فى رواية ابن القاسم. وروى عنه أشهب: أن إباره ظهوره من الأرض.

وجه رواية ابن القاسم أن الثمر هو الحب، فوجب أن يكون إبارها بذهاب زهرها وانعقاد حبها.

ووجه رواية أشهب أن الأصل هو الأرض والذى ينفصل منه هو الزرع، فوجب أن ينفصل عنه فى البيع بالظهور كالثمرة مع الشجر.

فصل: وقوله ﷺ: «**فثمرتها للبائع**» يريد أنها بمطلق العقد تكون للبائع. وقال ابن أبى ليلى: للمشترى.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع». ومن جهة القياس أن هذا ظاهر متميز، فلم يتبع الأصل بمطلق العقد كالجنين بعد الولادة.

مسألة: إذا أثبت أنها للبائع بمطلق العقد، فليس للمشترى إجباره على ترك ثمرته قبل أوان جدادها، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: له ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا استحقاق يجدد على أرض فيها زرع للمستحق عليه، فلم يجبر على نقله قبل أوانه كالشفعة.

مسألة: فإن أبر بعضه دون بعض ، فلا يخلو أن يكونا متساويين أو يكون أحدهما أكثرهما، فإن كانا متساويين، فقد قال مالك: ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمبتاع. وقال محمد بن دينار: ما أبر تبع ما لم يؤبر، وذلك كله للمبتاع. وقال سحنون فى العتبية عن ابن القاسم: يقال للبائع: إما أن تسلم جميع الثمرة، وإلا فسخ البيع، وإن رضى المبتاع بالنصف.

وجه قول مالك أن النخل مما يمكن تبعيضه ونماء كل شىء من ذلك متميز، وقد تساويا، فلم يكن أحدهما تبعًا للآخر، فكان لكل قسم حكم نفسه.

ووجه القول الثانى إن كان قاله فى المتميز، أن فضل الثمرة فى معرفة تساويهما أمر يبعد، فوجب أن يكون ما يجوز استثناؤه تبعًا لما لا يجوز استثناءه.

مسألة: وهذا إذا أبر بعض النخل وبقى بعضها لم يؤبر، فأما إذا كانت النخل فى حين تأبيرها، وكان بعض ثمرتها قد كمل ذلك فيها وبعضها لم يكمل، وكان فى سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر، فروى ابن حبيب: أن ذلك للبائع. وروى ابن المواز: أن ذلك لا يجوز إلا أن يشترط الثمرة المبتاع.

وجه رواية ابن حبيب أن هذا معنى ينقل حق الثمرة في جواز فصلها عن الأصل بالبيع، فوجب أن يكون ظهور بعضه كظهور جميعه فى ذلك الحكم، أصله الإزهاء.

ووجه رواية ابن المواز أنه إذا كان لما لم يؤبر حكم يخالف حكم ما أبر وكانا متساويين، ولم يكن أحدهما تبعًا للآخر، لم يجز فى ذلك مطلق العقد؛ لأنه لا يتميز به حق المبتاع من حق البائع، ولا يجوز أن يشترط البائع نصيب المبتاع؛ لأنه لا يجوز أن يشترطه البائع ما لم يؤبر، فلم يبق إلا أن يشترط نصيب البائع؛ لأنه مما يجوز أن يشترط.

مسألة: فإن كان أحد الأمرين أكثر، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما أن القليل تبع للكثير. والثانية أنه بمنزلة التساوى.

فصل: وقوله ﷺ: «**إلا أن يشترطها المبتاع**»، يريد فلا يكون حينئذ للمبتاع بمقتضى الشرط، ولا نعلم فى جواز ذلك خلافًا إذا ابتاعها بغير الطعام والشراب، فإن ابتاعها بطعام أو شراب، فالمشهور من المذهب أن ذلك لا يجوز، أبرت الثمرة أم لم تؤبر، إلا أن يجدها قبل أن يفترقا. قال محمد بن مسلمة فى المبسوط: أن ذلك جائز أبرت أم لم تؤبر ما لم يبتدئ صلاحها.

وجه القول الأول أن هذا طعام بطعام غير متنجز القبض، وإنما راعى فى فساد العقد ما يؤول إليه لا ما هو عليه حين العقد، يدل على ذلك أن من اشترى قصيلاً فحصده قبل أن يصير فيه الحب، صح شراؤه.

وأما إن أبقاه حتى صار حبًا، فسد فيه البيع، وروعى فيه المآل، ولو روعى فيه ما كان عليه يوم العقد لصح البيع، ولم يفسد؛ لأنه لم يكن يوم شرائه إلا قصيلاً أو عشبًا.

ووجه القول الثانى ما احتج به محمد بن مسلمة أن الطلع بمنزلة جمار النخلة ما لم تؤبر، فإذا أبرت، فداخل فى عموم قوله: فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع، ولم يفرق بين ابتياعها بطعام أو غيره.

مسألة: وإن اشترط من الثمرة المأبورة أقل من قدر ما اشتراه من النخل مثل أن يشترى منه جميع النخل، ويشترط نصف ثمرتها، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك فى الثمرة، ولا فى مال العبد وحلية السيف. وروى سحنون عن أشهب جوازه فى ثمرة النخل ومال العبد.

وجه قول مالك أنه إنما يجوز استثناؤه على وجه التبع، وأما أن يكون مقصودًا،

فذلك غير جائز، وإذا استثنى بعض ذلك علم أن الثمرة مقصودة بالعقد قد لحقتها المغابنة والمكايسة.

ووجه قول أشهب أن ما جاز أن يشترط جميعه فى العقد جاز أن يشترط بعضه كأصل آخر.

مسألة: فإن لم يشترطه فى حين العقد، ثم أراد أن يلحقه بالعقد، فقد اختلف أصحابنا فيه، فروى أشهب عن مالك أن ذلك جائز فى مال العبد وثمرة النخل، ورواه معه ابن القاسم.

وروى أشهب عنه أيضًا أنه لا يجوز فيهما، وبه قال المخزومى وابن دينار وأجازه أشهب فى الثمرة دون مال العبد، ورواه أيضًا عن مالك. فأما إجازة ذلك بعد العقد، فإنه مبنى على أن ما بعد العقد يلحق بالعقد، وهذه المسألة جائزة، وإن قلنا إنه لا يلحق بالعقد، فيجب أن لا تجوز هذه المسألة.

ووجه التفرقة بين مال العبد وثمرة الشجرة، على رأى أشهب، أن مال العبد ينتقل بكمال العقد فيه دون شرط إلى حالة لا يجوز استثناؤه عليها فى أصل العقد؛ لأنه ينتقل إلى ملك البائع والثمرة باقية على الحالة التى كان يجوز اشترطها للمبتاع مع الأصل، فلذلك جاز له أن يلحقها بالعقد.

مسألة: فإن اشترى الأصل والثمرة فى صفقة واحدة ثم استحق الأصل، فقد قال ابن حبيب: إن كان ذلك فى زرع، فاستحقت الأرض فسخ البيع ما لم يستحصد الزرع، ولو استحصد قبل الاستحقاق تم فيه البيع، وهو للمبتاع، وكذلك الثمرة فى استحقاق الأجل.

ووجه ذلك عندى، والله أعلم، أنه لم يمض على هذه الثمرة وقت وهى فيه بصورة ما يفسد فيه البيع؛ لأنها كانت قبل بدو صلاحها بصورة ما يجوز بيعه لاعتقاد المتبايعين أنها تبع للأصل الذى بيعت معه، فلما بدا صلاحها كانت بصفة ما يصح إفراده بالبيع، فلم يفسد معها استحقاق الأصل وإفرادها منه، ولو استحق الأصل قبل بدو صلاح الثمرة لفسد البيع فيها؛ لانفرادها عن الأصل، واستحالة البيع فيها على ذلك الوجه، وإنما ذلك؛ لأن الاستحقاق يتناول الأصل دونها، والله أعلم.

مسألة: فإن أفرد الثمرة بالشراء على الجد ثم اشترى الأصل بعد ذلك، فإن له أن يترك الثمرة فى الأصل حتى يبدو صلاحها.

ووجه ذلك أن ملك الأصل والثمرة جميعًا على وجه صحيح سائغ، فكانت له التبقية كما لو ملكهما فى عقد واحد، ولو اشترى الزرع على الحصاد ثم اكترى الأصل، لم يجز له أن يقر الزرع حتى يبدو صلاحه؛ لأنه لم يملك، فلا تسقط المخارصة بتلف الزرع، وهو المعنى الذى من أجله منع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع كثرة الغرر وتكرر الجوائح والجهل بصفة المبيع حين القبض.

مسألة: ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم اشترى الأصل لم يكن له أن يبقيها لأن العقد على الثمرة وقع فاسدًا، ولو ورث الأرض بعد ذلك جازت له التبقية، قال مالك: ووجه ذلك أن الثمرة إذا فسخ البيع ردت إليه بحق الميراث.

فصل: فإن كانت الثمرة غير مأبورة، فإنها بمطلق العقد للمبتاع، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: هى للبائع.

والدليل على ما نقوله أن الثمرة قبل الإبار مستكنة فى البيع من أصل الخلقة، فكانت تبعًا للأصل فى البيع كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع.

مسألة: ولا يجوز أن يكون للبائع بالشرط خلافًا فلأبى حنيفة والشافعى. والدليل على صحته ما نقوله أن هذا كامن لظهوره عامة، فلم يكن للبائع بالشرط كالجنين.

* * *

النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها

١٢٨٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاحُهَا، نَهَى الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِىَ.

الشرح: معناه حتى تزهى، ومعنى الإزهاء فى ثمرة النخل أن تبدو فيها الحمرة أو الصفرة، وهو النضج وبدو الصلاح، وبذلك ينجو من العاهة، وذلك كله بعد أن تطلع الثريا مع طلوع الفجر فى النصف الآخر من شهر مايه بالأعجمى.

١٢٨٣ - أخرجه الشافعى فى المسند، وفى الأم ٤٧/٣، باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ١٤٨/٢. عبد الرزاق فى المصنف ١٤٣١٥. الإمام أحمد ٦٢/٢، ٦٣. الدارمى ٢٥١/٢، ٢٥٢. البخارى فى البيوع ٢١٩٤. مسلم فى البيوع ١٥٣٤. أبو داود فى البيوع ٣٣٦٧. النسائى فى البيوع ٢٦٢/٧. ابن ماجه فى التجارات ٢٢١٤. البيهقى فى السنن الكبرى ٢٩٩/٥. معرفة السنن والآثار ١١٥٨/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٤.

قال ابن حبيب: لثمرة النخل سبع درجات الطلع، ثم يتفتح الزهر عنه، ويبيض فيكون إغريضًا، ثم يذهب عنه بياض الإغريض، ويعظم حبه وتعلوه خضرة، ثم يكون بلحًا، ثم تعلو الخضرة حمرة، فيكون زهوًا، ثم يصفر صفرة، فيكون بسرًا، ثم تعلو الصفرة كدرة، وتنضج الثمرة، فتكون رطبًا، ثم تيبس وتكون تمرًا.

وبدو صلاح التين أن يطيب، وتوجد فيه الحلاوة ويظهر السواد فى أسوده والبياض فى أبيضه، وكذلك العنب الأسود بدو صلاحه أن ينحو إلى السواد، وأن ينحو أبيضه إلى البياض مع النضج، وكذلك الزيتون بدو صلاحه أن ينحو إلى السواد وبدو صلاح القثاء أن تنعقد القثاء منه مبلغًا يوجد له طعم، وكذلك الفقوس.

قال ابن حبيب: وأما البطيخ، فليس بدو صلاحه إلا إذا نحا ناحية الإصفرار والطياب، وروى فى العتبية، عن أصبغ، عن أشهب بدو صلاح البطيخ أن يؤكل فقوسًا. قال أصبغ: فقوسًا قد تهيأ للتبطخ. وأما الصغار، فلا.

وجه قول ابن حبيب أن بدو الصلاح فيه إنما هو على وجه ما يؤكل عليه ويوجد فيه الغرض المقصود منه.

ووجه ما قاله أشهب أن هذا بدو صلاح يؤكل عليه غالبًا، فأشبه بدو صلاح القثاء.

مسألة: وأما الموز، ففى العتبية من رواية أشهب وابن نافع عن مالك: أنه يباع إذا بلغ فى شجره قبل أن يطيب، فإنه لا يطيب حتى ينزع.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه، ويبلغ أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج، فإنه إذا أزيل عن أصله قبل تناهيه، فسد، ولم يتم نضجه.

مسألة: وأما الجزر واللفت والفجل والثوم والبصل، فبدو صلاحه إذا استقل، وتم وانتفع به أو لم يكن فى قلعه فساد، وقصب السكر إذا طاب، وهو أن يكبر، فلا يكون فسادًا والبر إذا يبس، وكذلك الفول والجلبان والحمص والعدس والورد وسائر الأنوار أن تنفتح كمامه ويظهر نوره والقصيل والقصب والقرط إذا بلغ أن يرعى دون فساد.

فصل: إذا ثبت ذلك، وأن نهيه ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، اختلف أصحابنا فى تعليل ذلك، فقال محمد بن مسلمة: إن الغرر موجود قبل بدو الصلاح وبعده، ولكنه لا غرض فى شرائها قبل بدو الصلاح إلا مجرد الاسترخاص لا غير ذلك؛

لأنها قد تسلم فترخص عليه أو يتلف بعضها إذا كان أقل من الثلث، فيكون غالبًا وبعد بدو الصلاح له غرض فى ذلك من الانتفاع بها وأكلها رطبة، فلذلك جاز هذا وعفى عن الغرر لأجله، وقال غيره من أصحابنا: إن الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعد بدو الصلاح يقل ويندر، وكثير الغرر يبطل العقود، ويسيره معفو عنه فيها إذ لا يمكن تسليمها منه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالممنوع منه هو البيع المطلق دون اشتراط القطع، وذلك أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها يقع على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يشترط القطع، فهذا لا خلاف فى جوازه؛ لأنه باع ما لا غرر فى بيعه، ولا تدخله زيادة، ولا ينقص لجده إياه عقيب العقد.

والوجه الثانى أن يشترط التنقية، وهذا لا خلاف فى منعه إلا ما روى عن يزيد بن أبى حبيب فى العرية. ووجه منعه أن المنفعة تقل فى ذلك والغرر يكثر؛ لأنه لا يكون مقصودها إلا مايؤول إليه من الزيادة، وذلك مجهول، ولأن الجوائح تكثر فيها، فلا يعلم الباقى منها ولا على أى صفة تكون عند بدو صلاحها.

وأما إذا بدا صلاح الثمرة، فقد تناهى عظمها وكثر الانتفاع بها، وقلت الجائحة فيها.

والوجه الثالث إطلاق العقد فيها، فالمشهور عن مالك منعه، وبه قال الشافعى. وروى ابن القاسم فى البيوع الفاسدة من المدونة جوازه، ويكون مقتضاه الجد، وبه قال أبو حنيفة.

والكلام فى هذه المسألة فى فصلين، أحدهما: أن إطلاق اللفظ يقتضى التبقية. والثانى: أن البيع غير جائز.

والدليل على ما نقوله قوله: نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وهذا اللفظ يقتضى النهى عنه على الإطلاق؛ لأنه لم يقيد ذلك بشرط قطع ولا غيره، فإن قالوا: هذه حجتنا؛ لأنه قال: حتى يبدو صلاحها.

وهذا يدل على أن البلح يجوز بيعه؛ لأنه يقصد للأكل والحصرم يجوز بيعه؛ لأن الحصرم يقصد للطبخ.

والجواب: أن الحصرم لم يبد صلاحه؛ لأنه لا يستطاب أكله الاستطابة المعهودة من

الأكل المقصود، ألا ترى أنه قال فى حديث أنس الذى يأتى بعد هذا: «أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قيل له: يا رسول الله، وما تزهى؟ قال: حين تحمر»(*).

وجواب ثان، وهو أن العلة عندكم ليس هذا من بدو الصلاح، ألا ترى أن سائر الفواكه يجوز بيعها على هذا الوجه، وإن لم يبد صلاحها.

وجواب ثالث: وهو أن هذا تعلق بدليل الخطاب، وأنتم تقولون به ونحن، فمن أصحابنا من لا يقول به، ومن قال به منهم، فإنه يقول به ما لم يعد بإسقاط النضج، وهاهنا يؤدى إلى إسقاط النضج؛ لأنا لو قلنا: إن الحصرم يجوز بيعه، لزمنا أن نقول مثل ذلك فى سائر الفاكهة؛ لأن أحدًا لم يفرق بينهما.

ولو قلنا ذلك لأبطلنا فى سائر الفواكه حكم النطق، فإن قالوا نحمله على المنع من بيعه بشرط التبقية، فالجواب أن إطلاق العقد يقتضى التبقية؛ لأن المعهود من حال الثمرة إبقاء ما على الشجرة إلى أن تتناهى.

وجواب ثان، وهو أن هذا لا يصح على أصلكم؛ لأنه لا يجوز بيعها بشرط التبقية بعد أن يبدو صلاحها، فلا توجد فائدة لتخصيصه ذلك بما قبل بدو الصلاح.

فإن قالوا: المراد بقوله: حتى يبدو صلاحها، حتى تظهر الثمرة، بدليل قوله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»، وما قد وجد لا يقال فيه إذا منعه الله.

فالجواب أن هذا ننقله عليكم، وهو أنه ﷺ قد نهى عن بيع الثمار، وما لم يوجد لا يسمى ثمارًا.

وجواب ثان، وهو أنه قد فسر هذا فى حديث أنس، فقال: «حين يحمر».

وجواب ثالث، وهو أنه يقال: منع الله الثمرة بعد وجودها، بمعنى أنه منع الانتفاع بها.

فإن قالوا: يحتمل أن يكون النبى ﷺ إنما قال هذا على وجه النصيحة والمشورة، لا على وجه التحريم والإخبار عن الشرع، يدل على ذلك ما روى سليمان بن أبى حثمة، عن زيد بن ثابت، قال: كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جاء من الناس وقت تقاضيهم، قال المبتاع: قد أصاب الثمر الدمار وأصابه مراض

(*) يأتى تخريجه فى الحديث رقم ١٢٨٤.

عاهات يحتجون بها، فلما كثرت خصومتهم عند النبى ﷺ قال رسول الله ﷺ كالمشورة يشير بها: «فلا تبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها»؛ لكثرة خصومتهم واختلافهم.

والجواب أن الذى روى ابن عمر النهى عن ذلك، والنهى يقتضى التحريم، فلا يعدل عن مقتضاه إلا بدليل. وأما ما أورده، فهو تأويل من زيد، فلا يريد به ظاهر نهى النبى ﷺ.

وجواب ثان، وهو أنه يحتمل أن يكون النبى ﷺ أشار بذلك أولاً ثم حرمه لهذا المعنى.

وجواب ثالث، وهو أن هذا التأويل لا يصح على أصلكم؛ لأن بيعه على الإطلاق إنما يقتضى عندكم الجد والتبقية فيه محرمة، وهذا يمنع من أن يكون نهيه على وجه المشورة، ويوجب أن يكون على التحريم.

والدليل على ذلك ما روى إسحاق بن أبى طلحة الأنصارى عن أنس، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة»(*)، قال صاحب العين: المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحها والمخابرة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة نامية أفردها بالبيع عن أصلها قبل بدو صلاحها من غير شرط قطعها، فلم يصح بيعها كما لو باعها بشرط التبقية.

مسألة: ولا يباع الزرع إذا أفرك، ولا الفول إذا اخضر، ولا الحمص والجلبان، إلا بشرط القطع؛ لأن بدو منفعته المقصودة اليبس، واستغناؤه عن الماء، وإنما يؤكل البلح، وعلى هذا حكم الجوز واللوز والفستق عندى، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإن بيع الفول أو الحنطة أو العدس أو الحمص على الإطلاق قبل يبسه، وبعد أن أفرك، فقد قال ابن عبد الحكم: يفسخ فيه البيع ويرد وحكمه حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يفوت باليبس ويمضى البيع ولا يرد. وقال فى المدونة: أكره أن يعمل به، فإذا عمل به وفات، فلا أرى أن يفسخ، وتأول الشيخ أبو

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٧٩، ٤٥٢٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٥٠٤.

محمد هذا على معنى تفوت بالقبض. وروى ابن المواز عن مالك: إن نزل لم أفسخه، وظاهره يقتضى أنه يمضى بنفس العقد.

مسألة: وأما إذا بدا صلاح الثمرة، فإنه يجوز بيعها، وذلك بأن يبدو الصلاح فى نخلة منها، فإن كانت تلك النخلة فى جهة واحدة، فيجوز بيع ذلك النصف كله؛ لأنه لو روعى فى ذلك بيع ما بدا صلاحه دون غيره، لم يصح ذلك لتفاوته وللحقته المشقة المفرطة فيه، ولامتنع بيعه إلا عند انقضائه، وهو وقت بيعه، واستغناء المشترى عنه، وكذلك إذا بدا صلاح نوع، جاز بيع سائر أنواع ذلك الجنس مما يقرب منه فى بدو الصلاح، وإن لم يبد صلاح تلك الأنواع. قال القاضى أبو محمد: وهذا إذا كان طيبًا متتابعًا، ولم يكن مبكرًا، والمراعى فيه بلوغ الزمن الذى تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبًا.

ومعنى ذلك أن لا تكون تلك الثمرة خارجة عن عادة غيرها، فإن من الشجر ما يتقدم نوع منه سائر الأنواع فى الطيب بالمدة الطويلة، ويتأخر عن سائره بالمدة الطويلة، فلا يجوز بيع المتأخر بظهور صلاح المتقدم كما لا يمنع تأخير المتأخر مع المتقدم كالعنب الشتوى والصيفى، لا يباع الشتوى ببدو صلاح الصيفى؛ لأن عادتهما التفاوت فى بدو الصلاح كالجنسين.

وكذلك إذا ندر من الشجرة الواحدة الحبة الواحدة، فقد يندر ولا يتلاحق بها من ذلك الجنس شىء، فإن تلك الحبة لا حكم لها حتى يتقارب صلاح غيرها، فإن كانت الشجرة تطعم بطنين فى السنة، فالظاهر من المذهب أنه لا يجوز أن يباع الآخر ببدو صلاح الأول، رواه فى العتبية ابن القاسم عن مالك.

وفى المبسوط، أنه إذا كان طيبها متتابعًا لا ينقطع الأول حتى يدرك الآخر، فلا بأس ببيعهما جميعًا بطيب الأول.

وجه القول الأول أن لبطن الثانى ثمرة لم يبد صلاحها، ولا بلغت إبان بدو صلاحها، فلم يجز بيعها كالمفردة.

ووجه القول الثانى أنه إذا اتصل، فحكمه حكم الثمرة الواحدة فى صحة البيع كالمقاثئ.

مسألة: ولا يباع جنس من الثمر ببدو صلاح جنس آخر خلافًا لليث بن سعد. والدليل على ذلك نهيه ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وحتى تزهو، قيل وما

تزهو؟ قال: «حين تحمر». وروى عنه أنه قال فى العنب: حين يسود. فاعتبر فى كل جنس صفة لا توجد فى غيره ومنع من بيعه حتى توجد تلك الصفة فيه، وهذا يمنع اعتباره بعده.

ودليلنا من جهة المعنى أن منع الثمرة حتى يبدو صلاحها إنما هو لتؤمن عليها العاهة، ولتكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها، وقد علم تفاوت أجناس الثمار فى الطيب، فإذا طاب بعضها، لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانه عن إبانها، وإذا علم صفة بعضها ببدو الصلاح فيها لم يعلم بذلك صفة غيرها ما لم يبد الصلاح فيها.

مسألة: إذا بدا صلاح نخلة من حائط، جاز بيع جميع ذلك الحائط، وجاز بيع ما حواليه من الحوائط، وما يكون حاله فى التبكير والتأخير، خلافًا لمطرف من أصحابنا والشافعى فى قولهما: لا يباع بطيبها غير حائطها.

والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة بدا صلاحها، فجاز أن يباع به ما حولها كما لو لم يفصل بينهما بجدار.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بيع الثمرة التى بدا صلاحها على الإطلاق، ولا خلاف فى ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعها بشرط التبقية.

والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة جاز بيعها على الإطلاق، فجاز بيعها بشرط التبقية. أصل ذلك إذا قال: ابتاعها منك على أن أقبضها غدًا.

مسألة: لا خلاف أنه لا يجوز أن تفرد الحنطة فى سنبلها بالشراء دون السنبل، وكذلك الجوز واللوز والباقلا، لا يجوز أن يفرد بالبيع دون قشره على الجزاف ما دام فيه. وأما شراء السنبل إذا يبس، ولم ينفعه الماء فجائز، وكذلك الباقلا والجوز. وقال الشافعى: لا يجوز شىء من ذلك.

والدليل على ما نقوله ما روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهات نهى البائع والمشترى، وهذا على طريق القاضى أبى بكر فى تعلقه بدليل الخطاب فى الغاية.

ودليلنا من جهة القياس أن ما جاز بيعه بعد الفرك جاز بيعه قبل الفرك كالشعير.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بيعه قائمًا قبل حصاده إذا يبس جميعه أو أكثر، رواه ابن المواز عن مالك. وروى القاضى أبو إسحاق عن مالك أنه يجوز بيعه فى أنادره وقبل درسه. وروى عن ابن نافع أنه لا يجوز بيعه إلا إذا كان حزمًا يرى سنبله، وينظر إليه.

ووجه قول مالك أنه لم يتغير عن الصفة التى كان عليها قبل الحصاد، وقد أجمعنا على أنه يجوز بيعه جزافًا قبل الحصاد، وأنه يتأتى حزره على ذلك، فكذلك بعد الحصاد، وقبل تغيره بالدرس.

ووجه آخر أن الحصاد معنى لا يتوقع معه إضافة شىء إلى الزرع يمنع صحة تقديره، وتساوى المتبايعان فى معرفته، فلم يمنع ذلك صحة بيعه جزافًا. أصل ذلك إذا أمالته الريح.

ووجه قول ابن نافع ما احتج به من أن هذه الصورة التى يمكن عليها حزره. وأما إذا كان يخفى سنبله أو بعضه، فلا يمكن حزره لخفاء المطلوب منه، ولذلك جوزنا الخرص فى النخل والأعناب لما كانت ثمرتها ظاهرة يمكن ذلك فيها، ولا يخرص الزبيب؛ لأن ثمرته مستورة فى أوراقه.

مسألة: ولا يجوز بيعه بعد درسه، وروى ذلك عن مالك القاضى أبو إسحاق فى مبسوطه.

ووجه ذلك أنه قد صار على حالة لا يتأتى حزره، ولا يؤمن من إضافة التبن إليه، فلم يجز بيعه كما لو صفاه، ثم أضاف إلى حنطته تبنًا، وهذا كله فى الجزاف. وأما بالكيل، فلا خلاف فى جواز ذلك؛ لأن المقدار معروف بالكيل والصفة معروفة بفرك بعضه، والنظر إليه.

١٢٨٤ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدٍ الطَّوِيلِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ، فَقِيلَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا تُزْهِيَ؟ فَقَالَ: «حِينَ تَحْمَرُّ». وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ».

الشرح: قوله: «**نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى**»، يقال: أزهى الثمر إذا بدا

١٢٨٤ - أخرجه الشافعى فى الأم ٤٧/٣. البخارى فى الزكاة ١٤٨٨. مسلم فى المساقاة ١٥٥٥. النسائى فى البيوع ٢٦٤/٧. البيهقى فى السنن ٣٠٠/٥. معرفة السنن والآثار ١١١٦٢/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٥.

صلاحه، والزهو النور، والمنظر الحسن، ويحتمل أن يكون مأخوذًا منه؛ لأنها حينئذ يحسن منظرها، ويكمل حسنها، فإن قيل هذه لفظة عربية، فكيف تخفى على من معه من العرب حتى يسألوه عنها، فالجواب أن ذلك يحتمل وجهين، أحدهما: أن تكون لغة لبعض العرب دون بعض، فسأل عنها من ليست لغته.

والوجه الثانى: أن تكون لفظة مستعارة من حسنها فى ذلك الوقت وجمال منظرها، كما قال ﷺ يوم حنين: «الآن حمى الوطيس»(*)، وغير ذلك من الألفاظ المستعارة، فكأنه قال: حتى تحسن الثمرة، فاحتاج السائل أن يسأل عن جنس الحسن الذى يبيح بيعها، فأخبره أن زهاءها حسنها بحمرتها.

وقوله: «**حتى تحمر**»، يعنى، والله أعلم، تظهر على خضرة البلح حمرة، وهو أول ما يتغير لون البلح إلى الحمرة، فذلك هو الإزهاء، ثم يكون منه ما يصفر ومنه ما يستكهم حمرته، ويكمل فى جميعه، فيكون بسرًا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «**أرأيت إذا منع الله الثمر**»، يريد منع قبضها واستيفاءها على الوجه المعروف المعتاد للاقتيات والادخار أو الأكل المعتاد؛ لأن أخذه على غير ذلك الوجه فساد وإتلاف للثمرة أو نادر لمنفعة غير مقصودة، فشراء المشترى إنما يقع على المعتاد من أكل الثمرة، وهو أكلها رطبًا أو تمرًا.

فإن منع الله الثمرة قبل ذلك لم يكن للبائع أن يأخذ الثمن من المبتاع لقوله ﷺ: «إذا منع الله الثمرة، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»، فاقتضى ذلك أنه لا يجوز له أخذ مال أخيه إذا منع الله الثمرة، فلما كانت العاهات تكثر، وتتكرر قبل الإزهاء منع ذلك صحة بيعها.

وفى هذا دليل على أن المنع إنما توجه إلى البيع الذى لم يشترط فيه القطع؛ لأن ما اشترى على القطع لا تمنعه آفة، فلم يتوجه إليه المنع، فعلى هذا الغرر المتوقع فى المبيع على ثلاثة أضرب، ضرب يكثر، ويكون هو الأغلب، فهذا يمنع من صحة العقد جملة كبيع الثمرة قبل بدو الصلاح على وجه يقتضى التبقية.

وضرب لا يبلغ هذا المبلغ من الكثرة والتكرر، لكنه يكون معتادًا، ولا يمنع صحة العقد، ولكنه يمنع النقد كحال الأمة فى عهدة الثلاث ومدة المواضعة.

(*) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم فى كتاب الجهاد والسير حديث رقم ١٧٧٥. أحمد فى المسند حديث رقم ١٧٧٨.

وضرب ثالث يقل ويندر، فلا يمنع صحة العقد، ولا اشتراط النقد كالجنون والجذام في عهدة السنة والجائحة بعد بدو الصلاح في الثمرة.

وروى القاضي أبو إسحاق عن محمد بن مسلمة أنه فرق بينهما بعد هذا، وقال: إن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح، غرر، لا فائدة فيه؛ لأنه لا ينتفع المبتاع بها، فلا يقصد إلا مجرد الغرر.

وأما بعد بدو صلاحها، فإنه قصد الانتفاع بها، وذلك يرفع فساد الخوف من إتلافها، والذي قدمناه أولى لما روت عمرة عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة، فجعل ذلك نجاء من العاهة لعلة تكررها فيها كما يقول لمن نجا من غرق البحر أو قتل العدو: نجا فلان من الموت، بمعنى أنه انتقل من حالة لا يكاد يسلم فيها إلى حالة يقل فيها العطب.

١٢٨٥ – مَالِك، عَنْ أَبِي الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَارِثَةَ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تَنْجُوَ مِنَ الْعَاهَةِ.

الشرح: قوله ﷺ: «**حتى تنجو من العاهة**»، يريد عليه السلام، والله أعلم، حتى يقل ذلك فيها ويندر.

وقول مالك: «**أن بيع الثمار قبل بدو صلاحها من الغرر**»، يريد لما نهى عنه ﷺ من منع ذلك بسبب العاهات المتكررة عليها في أكثر الأعوام، وإذا كان من الغرر، وجب أن يكون بيعه غير جائز.

١٢٨٦ – مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُ كَانَ لا يَبِيعُ ثِمَارَهُ حَتَّى تَطْلُعَ الثُّرَيَّا.

الشرح: معنى ذلك، والله أعلم على ما تقدم، أن طلوع الثريا مع الفجر إنما يكون في النصف الآخر من شهر مايه، وهو شهر أيار، وفي ذلك يبدو صلاح الثمار

١٢٨٥ – أخرجه الشافعي في المسند ١٤٩/٢. البيهقي في السنن الكبرى ٣٠٥/٥. معرفة السنن والآثار ١١١٦٦/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٦٦.

١٢٨٦ – أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٥٠٨/٦. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٦٧.

بالحجاز، ويظهر الإزهاء فيها، وتنجو من العاهة في الأغلب، ففي ذلك الوقت يجوز بيعها فيه دون ما قبله، وتختلف العبارات فيما يبدو به ما يمنع من البيع، ويميز ما يباع، فتارة يميز ويفسد بالإزهاء، وتارة بأن تنجو الثمرة من العاهة، وتارة تطلع الثريا، غير أن تحديد ذلك بالإزهاء وبأن تنجو من العاهة يتعقبه الجواز على كل حال.

وأما طلوع الثريا، فليس بحد يتميز به وقت جواز البيع من وقت منعه، وقد روى القعنبي عن مالك في المبسوط أنه قال: ليس العمل على هذا، ومعنى ذلك عندي أنه لا يباح بيع الثمرة بنفس طلوع الثريا حتى يبدو صلاحها، وإنما معنى ذلك في الحديث أنه كان لا يبيع إلا بعد طلوعها، وليس فيه أنه لم يكن بيع ذلك بعد طلوع الثريا إلا الإزهاء، والله أعلم.

وقد روى عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا طلع النجم صباحًا رفعت العاهة عن أهل البلد»(*)، والله أعلم.

والنجم الثريا، وهذا الحديث لم أره، وقد وجدته على حسب ما أوردته، ولم أروه من طريق صحيح، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا فِي بَيْعِ الْبِطِّيخِ وَالْقِثَّاءِ وَالْخِرْبِزِ وَالْجَزَرِ، إِنَّ بَيْعَهُ إِذَا بَدَا صَلاحُهُ حَلالٌ جَائِزٌ، ثُمَّ يَكُونُ لِلْمُشْتَرِي مَا يَنْبُتُ حَتَّى يَنْقَطِعَ ثَمَرُهُ وَيَهْلِكَ، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ وَقْتٌ يُؤَقَّتُ، وَذَلِكَ أَنَّ وَقْتَهُ مَعْرُوفٌ عِنْدَ النَّاسِ، وَرُبَّمَا دَخَلَتْهُ الْعَاهَةُ، فَقَطَعَتْ ثَمَرَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ ذَلِكَ الْوَقْتُ، فَإِذَا دَخَلَتْهُ الْعَاهَةُ بِجَائِحَةٍ تَبْلُغُ الثُّلُثَ فَصَاعِدًا، كَانَ ذَلِكَ مَوْضُوعًا عَنِ الَّذِي ابْتَاعَهُ(١).

(*) أخرجه أحمد في المسند حديث رقم ٨٢٩٠.

(١) اختلف العلماء في هذه المسألة: فقال مالك، وأصحابه: بما رسمه في كتاب الموطأ، ومن أحسن ما يحتج به في ذلك أن السنة وردت في النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاح أولها جاز بيع جميعها بطيب أولها، ولولا طيب أولها لم يجز بيعها، فكذلك بيع ما لم يخلق في المقاثي من البطيخ والقثاء يكون تبعًا لما خلق من ذلك كما كان ما لم يطب من الثمرة تبعًا لما طاب، وحكم الباذنجان، والموز، والياسمين، وما أشبه ذلك كله حكم المقاثي عندهم.

وأما الشافعي فلا يجوز عنده بيع شيء من ذلك، إلا بطنًا بعد بطن، ولا يجوز عنده بيع شيء لم يخلق، ولا بيع ما خلق، ولم يقدر على قبضه، في حين البيع، ولا بيع ما خلق، وقدر عليه إذا لم ينظر إليه قبل العقد، وكذلك بيع كل معيب في الأرض مثل الجزر، والفجل، والبصل. =

الشرح: وهذا كما قال أن بيع القثاء إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره، فإن ذلك جائز؛ لأن صلاح تلك الثمرة قد بدا فباقيها تبع لها؛ لأن هذا حكم تبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتى بعده منه، وهذا حكم الخربز، وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتى بعضه دون بعض ولا يتميز أوله من آخره. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يجوز شىء من ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذه ثمرة لا يمكن حبس أولها على آخرها، فجاز أن يباع ما لم يبد صلاحها بما بدا صلاحه كالتين والخوخ.

فصل: وقوله: «**ثم يكون للمشترى ما ينبت حتى ينقطع ثمره**»، يريد فى القثاء والبطيخ، وما ليس له أصل ثابت مما يحدث شيئًا بعد شىء ولا يتميز.

ووجه ذلك عندى أنه إنما يشترى ثمره على المعروف من حال مثله فى قوة نباته ونعومته وطيب أرضه وما عرف من نجاته مثل هذا فيها، فإذا اشترى الأصول على هذا كان له ما يخرج منها إلى آخر وقتها، ولا يلزم على هذا أن يقال لو تعلق البيع بأصلها لما حرم بيعها قبل بدو صلاح نباتها، ولجاز أن تباع قبل أن يبدو ذلك منها كما يجوز ذلك فى النخل وسائر الشجر؛ لأن النخل والشجر لها أصل ثابت باق، ولذلك تتبع الأرض بمجرد العقد.

ووجه آخر، وهو أن المقصود من شراء المقاثئ ثمرتها؛ لأن سائرها لا قيمة له، والشجر المقصود من سائرها الأصل، وفى الغالب معظم الثمرة لها وإن كان بعض الثمرة لها، فلها القيمة الكثيرة.

فرع: وبيان ذلك أن ما بيع من هذا على ثلاثة أضرب، ضرب تتميز بطونه ولا تتصل، كشجرة التين والنخيل والياسمين والتفاح والرمان والجوز. وضرب ثان تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط. وضرب ثالث لا يتميز بطونه كالمقاثئ والباذنجان والقرع.

فأما ما تتميز بطونه ولا تتصل، فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه، وحكم كل بطن منها مختص به. وأما ما تتصل بطونه وتتميز،

=وقول الكوفيين فى بيع المقاثى، كقول الشافعى. وهو قول أحمد، وإسحاق؛ لأنه بيع ما لم يخلق عندهم، وبيع الغرر. انتهى. انظر هذه المسألة فى: الاستذكار لابن عبد البر ١٩/١٠٨، وما بعدها.

فإن إطلاق العقد يتناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر، وتكون خلفته لمن له أصله، وذلك أنه إنما باع منه ما جرت العادة بأخذه من عينه، ولم يتبعه أصله، ولذلك لا يجوز له تبقيته إلى أن يبدو صلاحه.

فإن اشترط المبتاع خلفة، فهل يجوز ذلك، عن مالك فيه روايتان، حكاهما ابن المواز عن أشهب عنه، إحداهما: أنه قال في القرط: يجوز ذلك إذا كان لا يختلف. وقال في موضع آخر: فإن كانت خلفته تخلفت، فلا أحب اشتراطها. والرواية الثانية أنه قال: ما هذا عندي بحسن؛ لأنها تأتي مختلفة.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أن معنى قوله: تختلف خلفته، أن تثبت مدة ولا تثبت أخرى، ولفظ أشهب يقتضي الاختلاف في صفتها، وإنما جوزنا اشتراط الخلفة على رواية الإباحة؛ لأنها مستندة إلى الأولى التي قد جاز بيعها ومتصلة كما اشتد من ثمرة التين والتفاح وسائر الثمار ما هو صغير لا يجوز بيعه إذا انفرد إلى ما قد بدا صلاحه، وكما يجوز بيع ما لم يظهر من القثاء والباذنجان مع ما قد ظهر منها.

ووجه الرواية الثانية أن هذا شراء لم يوجد وينفصل مما وجد، فلم يجز شراؤه بشرائه كما لا يجوز شراء ثمرة نخل في عام مع ثمرته في عام قبله.

فرع: فإذا قلنا برواية الجواز، فإنما تجوز إذا كانت الخلفة مأمونة. قال ابن حبيب: ولا تكون مأمونة إلا في أرض السقي وتجويز أصحابنا ذلك في القرط والقصب الذي لا يكاد أن يكون إلا بمصر، دليل على جوازه في أرض السقي، وإنما يراعى في ذلك أن تكون أرضًا مأمونة على الخلفة، ولعل ابن حبيب إنما وصف بذلك أرض بلاد الأندلس، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز أن يشترط من الجزر ما يعلم أنه ينتهي إليه بعد ذلك النبات واحدة أو خمسة أو أكثر من ذلك مما لا يخاف أخلافه ولا اختلافه؛ لأن ذلك يتميز، ويمكن تقديره بعدد الحزر والبطون، فإن اختلف بعد ذلك أو قصر عن الصفة، ففي المبسوط وكتاب ابن المواز عن مالك: أن البائع يرد على المشتري بقدر ذلك.

قال محمد بن مسلمة: والبقول في ذلك كله بمنزلة القصب.

ووجه ذلك أن ينظر إلى قيمة الجزرة الأولى والثانية التي استوفيت، وقيمة التي اختلفت يوم العقد على أن يقبض في إبانها كل واحدة منها فيقبض الثمن على قيمتها، فما أصاب التي اختلفت رده البائع على المشتري.

فرع: وهل يجوز بيعه حتى يبقى جزرة؟ فى كتاب ابن المواز لأشهب عـن مـالك: لا يجوز ذلك، وإنما يباع عدد جزرة. وفـى كتـاب ابـن حبيـب: إذا اشـترط المبتـاع الخلفـة كانت له كلها، وإن كانت خلفة بعد خلفة، وهذا يقتضى أن له ما نبت إلى أن يفنى.

ووجه قول مالك أن أصله باق على ملك صاحبه، فلا يجـوز أن يشترى إلى انقضـاء ثمرته كالنخل والشجر.

ووجه قـول ابـن حبيـب أن هـذه بطـون متصلـة، فجـاز اشـتراط جميعهـا كالمقـاثئ، والصحيح فـى هـذا أنـه مـا كـان إبانـه ينتهـى إليـه، ويبطـل الأصـل، جـاز اشـتراؤه إلى انقضائه، وما كان على غير ذلك، لم يجز، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الجوز، فقال محمد بن مسلمة: يباع سنين كألبان الغنم إذا ولدت شـهرًا أو شهرين. وروى ابن نافع عن مالك أنه قال: لا أحب إن باع ما يخرج منـه أكـثر مـن سنة بالزمن الطويل، ولا يصح ذلك عندى إلا أن تكون بطونه متصلة فى مثل هذه المـدة وغيرها، ولا يتقدر بالتمام لبقاء أصله، فإن كان يتميز كـل بطـن مـن الآخـر، ويتصـل، فيصح شراؤه بعدد البطون، وإن كان يتصل ولا يتميز، فمعناه أن يتقـدر بـالزمن كالمياه وألبان الغنم.

مسألة: وأما الجميز، ففى كتاب ابن المواز عن مالك، إن كان نباته متصلاً، فهو مثـل المقاثئ، وإن كان منفصلاً، فقال مالك: لا خير فيه، والسدر كذلك.

ومعنى ذلك أن كل بطن ينفصل مما قبله، فلا يجوز أن يباع ببطـن آخـر، وإن كـانت بطونها متصلة، فهو بمنزلة المقاثئ فى جواز بيع ما لم يظهر منه مـع مـا ظهـر ويقـدر مـا يباع منه بالزمان، فأما أن يباع إلى ثمرة الأصـل، فـلا يجـوز ذلـك ولا يكـون فـى ذلـك بمنزلة المقاثئ.

فصل: وأما ما لا تتميز بطونه كالقثاء، فإنه لا يجوز أن تباع بطونها مقدرة؛ لأنهـا لا يصح أن تتقدر، وإذا لم يكن له أصل ثابت، فـلا يصـح أن يتقـدر بـالزمن؛ لأن انقضـاء أمره يقرب، وهو أبين فيما يقاربه. ووجه آخر علل به أصحابنا، وهو أنه يتـأخر بـالبرد، ويتعجل بالحر، فيدخله الغرر والجهل بالمعقود عليه.

مسألة: فإن أراد المبتاع تبقية الأصل، وطالبه البائع بقلعها، رجع فى ذلـك إلى عـرف الجهة، وما جرت عادتهم به فحملوا عليه، وليس فى ذلك توقيت بشـهر ولا أكـثر مـن ذلك، ولا بمدة محصورة من الزمان كالثمرة تشترى بعد بدو الصلاح، فإن الرجـوع فـى

بقائها فى أشجارها إلى العرف والعادة ولا يتوقت بمدة من الزمان مقدرة؛ لأن التعجيل والتأخير يدخلها بإفراط الحر والبرد، ولكل شيء من ذلك مقدار معروف.

فصل: وقوله: «**وذلك معروف عند الناس، وربما دخلته العاهة، وقطعت ثمرته قبل أن يأتى ذلك الوقت، فإذا كان ذلك، فهو موضوع عن الذى ابتاعه**»، يريد أن لما بيع من هذه المقاثئ عند الناس أوقاتًا معتادة إذا سلمت ينتهى إليها، وتدوم ثمرتها على حسب ما عرفوه، واعتادوه من ذلك، فإن بلغتها الثمرة واتصلت إليها، فقد سلم المبيع للمبتاع، ووجب للبائع جميع الثمن، وإن قصرت عن ذلك الثمرة، وانقطعت قبل المعروف من وقتها، فإنما يكون ذلك بعاهة فلم تسلم جميع الثمرة إلى من ابتاعها، فيوضع ذلك عن المبتاع إذا بلغ الثلث فأكثر، وسنذكر هذا مستقصى فى الجوائح إن شاء الله تعالى.

ولا يلزمنا على ما أصلناه أن يقال: لو كان الأصل تبعًا للثمرة لما كانت فيه جائحة كالثمرة إذا بيعت مع أصل النخل؛ لأن ابن حبيب روى عن أصبغ أن ما عظم ثمنه من الثمرة، فأصابته جائحة يقصر الثمن على الثمرة والأصل فتوضع الجائحة؛ لأنه زيد فى الثمن من أجلها، فكيف بثمرة المقاثئ، وهى المقصودة بجميع الثمن.

ولو سلمنا على قول سائر أصحابنا فى النخل، فقد قال ابن القاسم فى العتبية فى الفول والجلبان ما بيع منها أخضر، فلا توضع فيه جائحة حتى تبلغ الثلث، ويرد إلى أصله، ومعلوم أن الجلبان الأخضر لا يجتنى إلا بأصله.

* * *

ما جاء فى العرية[(١)]

١٢٨٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْخَصَ لِصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ أَنْ يَبِيعَهَا بِخَرْصِهَا[(١)].

---

(١) كذا فى الأصل، وفى الموطأ باب ما جاء فى بيع العرية.

١٢٨٧ - أخرجه الشافعى فى المسند ٢/١٥٠. الإمام أحمد ٥/١٨٦، ١٨٧. البخارى فى البيوع ٢١٨٨. مسلم فى البيوع ٦٠/١٥٣٩. الطبرانى ٤٧٦٧. البيهقى فى السنن الكبرى ٥/١٨٦. معرفة السنن والآثار ٨/١١٢٦٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٧٠.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٦: هكذا روى هذا الحديث فى الموطأ جماعة الرواة فيما علمت، لم يزيدوا على أن يبيعها بخرصها. ورواه الليث بن سعد، عن يحيى بن سعيد، عن نافع،=

الشرح: قوله: «**أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها**»، مطلق الرخصة عند الفقهاء يقتضى أن يخص بعض الجملة المحظورة بالإباحة، ومنع أبو حنيفة وقوم من أصحابنا القياس عليه، وجعلوا له بإطلاق اسم الرخصة عليه حكمًا مفردًا، ولا يجوز أن يعدى إلى غيره حتى أنهم يسمون بذلك كل حكم لا يعدونه وليس هذا بصحيح، والصواب أن ينظر إلى علة ذلك الحكم الذى علق عليها فى الشرع، فإن كانت علته واقعة، قصر الحكم على موضعها، وإن كانت متعدية عداه، وأثبت الحكم المعلق بها حيث وجدت، وبالله التوفيق.

ومعنى إطلاقهم عليها اسم الرخصة أن زيد بن ثابت روى عن النبى ﷺ منع بيع الرطب بالتمر، وروى عنه إباحة ذلك على وجه الخرص فى العرية، رواه ابن شهاب، عن سالم، عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبيعوا التمر بالتمر».

قال سالم: وأخبرنى عبد الله، عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص بعد ذلك فى بيع العرية بالرطب أو بالتمر، ولم يرخص فى غيره، فخص العرية بهذا الحكم دون سائر المبيع من الثمار.

والمعنى المبيح لذلك ضرورة الشركة إذا كان أصلها العرية، وهذا المعنى، وإن كان ورد بلفظ البيع، ففيه معنى من البيع، وذلك أن المعرى إذا خرصت عليه العرية له أن يبيعها أو يأكلها، ويصنع بها ما شاء، ويعطيها غيره.

وإنما معنى ذلك فى الحقيقة معنيان، أحدهما: إزالة ضرر الشركة؛ لأن غالب أحوال الناس وأهل الحوائط الانفراد بعيالهم وذريتهم فى حوائطهم، وجمع ما يسقط منها، وأكل ثمرها رطبه ويابسه.

فإذا أعرى نخلة من حائطه، امتنع عليه الانفراد فيه بأهله وذريته؛ لأن للمعرى أن يقيم مع عريته أو يمتنع مع ذلك على المعرى، وعلى من معه من أهل وولد؛ لانبساطهم فى الجمع والأكل مما يسقط إلا بعد التحفظ من العرية، فيؤدى ذلك إلى المشقة إلى ما يمنع من الإعداد فى عام آخر.

=عن ابن عمر، قال: حدثنى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص فى بيع العرايا بخرصها تمرا.
وعند يحيى بن سعيد فى العرايا أيضا حديثه عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبى حثمة.
وروى الأوزاعى، ويونس، عن ابن شهاب، عن سالم، عن أبيه، عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ أرخص فى بيع العرايا بالرطب. والمحفوظ فى هذا الحديث وغيره فى العرايا ذكر التمر لا ذكر الرطب.

ووجه آخر، وهو أن المعرى إذا أعرى نخلة إن احتاج من مراعتها، وجمع سواقطها، وحفظها، وسقيها، والعمل عليها، لزمه فى ذلك من المشقة أكثر من قدر قيمتها، فيؤدى ذلك إلى أن لا ينتفع بعد من جميع ما يكون فيه، وترك التحفظ من ثمرة الغير، ويحتاج المعرى إلى من يكفيه ما يلزمه فى عريته مما ذكرناه.

فجاز لهذا المعنى أن يخرص على المعرى، ويكون عليه خرصها تمرًا يؤديه إلى المعرى عند الجذاذ كما يخرص عليه الزكاة التى تجب عليه فى حائطه لأهل الزكاة ويلحقه من الضرر بمشاركتهم له فى الحائط، مثل ما يلحقهم بمشاركة المعرى.

ويلحق أهل الزكاة من الضرر بالعمل فى الحوئط، والحفظ له، مثل ما يلحق المعرى، وقد قرر الشرع فيه خرصه على أهل المال ليؤدوه عند الجذاذ، والله أعلم وأحكم.

وأما علة الاستضرار بالدخول بها، فقد قال ابن القاسم: وكذلك الإرفاق له تأثير فى إباحة المحظور، ولذلك جوزنا لمن أراد إرفاق صديق له أن يبدل له ثلاثة دنانير ناقصة بثلاثة دنانير وازنة عددًا.

ومنع ابن الماجشون أن تكون لذلك علة عند استضرار المعرى بدخول المعرى، فأبيح له ذلك لإزالة هذا النوع من الضرر، والأظهر عندى فيه ما تقدم، ويتحرر عندى من هذا قياس أن هذا معنى حد فى الشرع بخمسة أوسق، فجاز أن تخرص ثمرته على أن يعطى من تخرص عليه خرصه تمرًا عند الجذاذ. أصل ذلك الزكاة.

فصل: وقوله: «**أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها**»، خص بذلك صاحب العرية وسماه بيعًا لما كان استهلاك الثمرة التى تخرص عليها، وأن يعطى غيرها، فقد ملكها، ودخلت فى ضمانه على أن يعطى إن شاء مثل خرصها بدلاً منها.

وهذا فيه معنى من البيع، وهو لزوم المعاوضة للمعرى، ولزوم كثير من معنى العقد للمعاوض من حفظ الثمرة وجدها والتزامها، ويكون له الخيار فى دفع تلك العين، وبدلها بعدها، وهذا إنما هو حكم من أحكام القرض مع بقاء العين على صفتها.

وفيه وجه آخر من معنى البيع، أنه لا يثبت حكمه إلا باختيار المتبايعين، وأما الزكاة، فلم ترد فى الشرع بلفظ البيع لما كان ذلك يلزم رب المال، وإن لم يرضه، فلذلك لم يذكره باسم البيع، والموجب لذلك أن المعرى معين مالك لأمره.

فلما لم يلزمه الخروج عن العرية إلا باختياره، فكذلك المعرى لا يلزمه التزامها إلا

بالزكاة، والمستحق للزكاة غير معين، وإنما للإمام النظر فى ذلك على ما قرره المشرع من خرص ذلك على أرباب الحوائط وتسليمه إليهم.

ولم يكن للإمام أن يتقدم من ينظر فيه بمقاسمة الثمرة حين يبدو صلاحها أو جمعها أو حفظها والنظر فيها، وكان حكم خرصها وتسليمها إلى أرباب الحوائط لازم أوجب أيضًا أن يكون ذلك لازمًا فى أرباب الحوائط، ولذلك لم يسم بيعًا لما لم يوقف على اختيار الإمام وأرباب الأموال.

وفى هذا أربعة أبواب، الباب الأول: فى تفسير معنى العرية وما يتعلق بذلك من جواز بيعها. والثانى: فى تبيين من يجوز له ذلك. والباب الثالث: فى تبيين ما يصح ذلك فيه من الثمار. والباب الرابع: فى تبيين مقدار ما يصح ذلك فيه من الثمرة.

* * *

الباب الأول فى تفسير معنى العرية

فأما معنى العرية، فقال القاضى أبو محمد: هو عندنا أن يهب الرجل ثمر نخلة أو نخلات من حائطه لرجل، وهذا الذى ذكره يجىء على مذهب أشهب وابن حبيب.

وأما ابن القاسم، فإن معنى العرية عنده أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص، وهو أن يكون على المعرى ما يلزمها إلى وقت صلاحها، وهو وقت يمكن الانتفاع بها، وإطلاقه الهبة عنده لا يقتضى هذا، وإنما يقتضى أن ذلك يلزم الموهوب له من يوم الهبة، ففرق فى ذلك بين الهبة والعرية، ولذلك قال عن مالك: إن زكاة العرية على المعرى، وزكاة الثمرة الموهوبة على الموهوب له.

قال ابن القاسم: فرق مالك بينهما فى الزكاة والسقى. وقال أشهب: زكاة العرية على المعرى كالهبة إلا أن يعريه إلى الزهو، ويلزمه مثل ذلك. وقال محمد: إنه لا خلاف بينهم أن السقى على المعرى، ولعله أراد به أنه لم ير لهم فيه خلافًا، ولم أر فيه وفاقًا.

ويحتمل أن يكون أراد بذلك سقيًا يلزم المعرى لأجل الأصول، فيكون ذلك بمنزلة الإجارة على سقيا، فلا يجوز ذلك قبل بدو صلاح الثمرة.

وقال ابن حبيب: السقى والزكاة فى العرية والهبة على المعرى والواهب. وقال سحنون: انظر إلى العرية والهبة، فإن كانتا بيد المعرى أو الواهب يسقى ذلك، ويقوم عليه، فالزكاة عليه، وإن كان بيد المعرى أو الموهوب يقوم عليها، ويأكل منها، فالزكاة عليه. فعلى رواية ابن القاسم حكم العرية غير حكم الهبة.

فصل: وهذا معنى العرية من جهة النفقة. وأما من جهة اللغة، فقال صاحب العين العرية من النخل التي تعرى عن المساومة عند بيع النخل، والفعل الإعراء، وهو أن يجعل ثمرة عامها لمحتاج.

وقال الشيخ أبو محمد: وقد قيل إن أصل هذه الكلمة مأخوذ من النخلة تعرى من ثمرتها بالهبة لثمرتها، فسميت عرية لذلك، فعلى الوجهين العرية اسم للنخلة، وإن ذلك لا يقال من النخل إلا لما تعطى ثمرته لأهل الحاجة على معنى الرفق والصدقة.

وقال أبو عبيد في غريب الحديث: إن العرايا، واحدتها عرية، وهي النخلة يعريها صاحبها محتاجًا، والإعراء أن يجعل له ثمرتها عامها.

وقال القاضي أبو محمد: قال أهل اللغة: العرية مأخوذة من قولهم: عروت الرجل، أعروه، إذا أتيته تلتمس بره ومعروفه من قوله تعالى: ﴿**وأطعموا القانع والمعتر**﴾ [الحج: ٣٦]، وقيل إن معناه مأخوذ من تخلي الإنسان عن ملكه من الثمرة من قوله تعالى: ﴿**فنبذناه بالعراء**﴾ [الصافات: ١٤٥]، يعني الموضع الخالي.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز الإعراء في كل نوع من الثمرة كانت مما ييبس ويدخر، أو مما لا ييبس ولا يدخر، وفي القثاء والموز والطبخ، قاله ابن حبيب، قبل الأبار وبعده، وقبل الإزهاء وبعده، لعام أو أعوام، في جميع الحائط وبعضه؛ لأن ذلك نوع من الهبة والصدقة، فلا تبطله الجهالة والغرر.

فرع: وبماذا تكون حيازته، وتصح للمعرى؟ قال ابن حبيب، عن مالك: تكون باجتماع أمرين، أحدهما: أن تطلع فيها ثمرة. والثاني: أن يقبضها، فإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعرى، فلا شيء فيها للمعرى.

وقال أشهب في كتاب محمد: إن ذلك يكون بوجود أحد الأمرين، الأبار أو تسليم المرقبة، فإنه يكون حوزًا، وإن لم تؤبر الثمرة.

وجه رواية ابن حبيب أن ظهور الهبة هو طلوع الثمرة فيها، فإن حاز حينئذ صحت حيازته لها؛ لأن العين التي أعطاها قد ظهرت، وإن لم تظهر، فذلك مثل الحمل لا يصح قبضه له إلا بالوضع.

ووجه قول أشهب أن الثمرة إنما تظهر بالأبار، وما قبل ذلك، فالثمرة فيه كامنة، فأشبهت الحمل، فلا تجوز حيازتها، فإذا أبرت وظهرت كان دخوله وخروجه إليها حيازة لها؛ لأنه لا يمكن تسليمها أكثر من ذلك.

فإن كانت بموضع يمكن تسليمه إليه وانفراده به، لم يكن ذلك حيازة حتى ييبس، فإن أمكن ذلك كان تسليمه إليه حيازة لما وهب له من ثمرتها، وإن كان ذلك قبل ظهورها كالمستقبل من خدمة العبد.

فرع: ويصح أن تكون العرية فى ثمر شجر معين، ويصح أن يعريه مقدرًا من التمر غير معين، مثل أن يعريه خمسة أوسق من جملة ثمر حائطه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز لصاحب هذه العرية أن يشتريها من المعرى. وقال أبو حنيفة: إن معنى العرية هبة الثمرة على الإطلاق عنده، إلا أن يبتاعها معناه عنده أن للواهب استرجاع هبته، وأن يعطيه غيرها، وإنما سميت بيعًا على سبيل المجاز والاتساع. وأما على الحقيقة، فلا يجوز ذلك؛ لأنه بيع الرطب على رءوس النخل بالتمر على وجه الأرض، وذلك غير جائز.

والدليل على ما نقوله حديث زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر، وأرخص بعد ذلك فى بيع العرية بالتمر أو بالرطب، ولم يرخص فى غيره.

فإن قيل العرية هى العطية إنما أرخص فى العطية، وذلك لأن الرجل كان يهب ثمر نخله لرجل، ثم يبدو له فى ذلك، فكان يرجع فيه، ويعطيه عوضه تمرًا، فالنبى ﷺ أرخص فى ذلك.

قالوا: والعرية هى العطية من أعار الشىء، وهو تمليك منافعه. والجواب أن هذا غير صحيح؛ لأن العرية إنما هى النخلة الموهوب ثمرتها، وعلى ذلك فسرها جماعة أهل اللغة، وأنشدوا فى ذلك:

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا فى السنين الجوائح

يمدح نفسه بالجود، ويقول: إن نخله ليست بسنهاء، أى لا يعامل عليها سنين، وهى المسانهة.

وقوله: ولا رجبية، يريد ليست يبنى عليها، والترجيب البناء بالحجارة حول أصلها، ثم قال: ولكن عرايا فى السنين الجوائح، يريد إذا نزلت الجوائح بالناس واشتد الزمان، وقلت الثمار، وهبها حينئذ، وجعل ثمرتها طعمة، وليست العرية من الإعارة بسبيل؛ لأن الإعارة، يقال منه أعاره، يعيره، إعارة، وهى العارية، والإعراء يقال منه أعراه، يعريه، إعراء، وهى العرية.

وجواب ثان، وهو أنه لو كانت العرية من الإعطاء لما جاز أن ينهى عن بيعه؛ لأن الإعطاء لا يباع، وإنما يباع المعطى، فهو الذى يصح أن ينهى عن بيعه على وجه ما، ويباح على وجه آخر.

وجواب ثالث، وهو أن النبى ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر، ثم استثنى منه بيع الثمرة، والظاهر أنه إنما استثنى بعض الأول.

فإن قالوا إنما سماه بيعًا على سبيل المجاز كقوله تعالى: ﴿**وإن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنًا قليلاً**﴾ [آل عمران: ٧٧]، فالجواب إنما سماه هناك بيعًا لما فيه من المعاوضة، وليس كذلك على ما ذكرت، فإنه ليس فيه معاوضة، وإنما فيه مجرد الهبة، فلم يسم بيعًا حقيقة، ولا مجازًا.

ودليلنا من جهة المعنى أن الطعام يفسد بيعه من وجهين، أحدهما: بيعه قبل استيفائه. والثانى: الجهل بتماثل الجنس، ثم ثبت وتقرر أنه قد أرخص فى بيعه قبل استيفائه على وجه المعروف فى الإقالة والتولية والشركة، وكذلك الجهل بالتماثل يجب أن يكون منه ما يجوز على وجه المعروف، وليس أن لا يبيع العرية.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن بيع العرية يجوز بأربعة شروط، قاله القاضى أبو محمد، أحدها: أن تزهى. والثانى: أن تكون خمسة أوسق، فأدنى. والثالث: أن يعطيه التمر عند الجداد. والرابع: أن تكون من صنفها.

فأما اشتراطه الإزهاء، فهو قول جمهور الفقهاء. وقال زيد بن أبى حبيب: يجوز بيعها قبل بدو صلاحها.

والدليل على ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.

وأما الشرط الثانى، وهو أن تكون خمسة أوسق فأدنى، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما الشرط الثالث، وهو أن يعطيه خرصها عند الجداد، فهو عندنا شرط فى صحة هذا البيع، ولا يجوز له تعجيل العوض تمرًا. وقال الشافعى: يجب عليه أن يعجل له الخرص تمرًا، ولا يجوز أن يفترقا حتى يتقابضا.

ووجه الخرص عندنا أن ينظر إلى ما فى النخل المعراة من الثمرة، فيقدر، ثم ينظر إلى ما يخرج مثل تلك المكيلة من ذلك النوع من أنواع التمر فى جودته أو رداءته من التمر اليابس، فيكون المعرى إلى الجداد.

فالخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسألة في ثلاثة فصول، أحدها: أنه يجب عندنا تأخير التمر إلى الجداد، ولا يجوز تعجيله، وعند الشافعي يجب تعجيله قبل التفرق، ولا يجوز تأخيره عن التفرق.

والفصل الثاني: أن اسم العرية واقع على النخلة الموهوب ثمرتها، وقال الشافعي: العرية اسم للبيع. والفصل الثالث: أن جواز بيعها يختص بالمعرى، وعند الشافعي يجوز من كل أحد.

والدليل على الفصل الأول أن هذا معنى ورد الشرع بخرصه، فكان من سنته أن يتأجل بالخرص منه تمرًا إلى الجداد كالزكاة.

فرع: فإذا أراد بعد صحة العقد تعجيل الخرص، جاز له ذلك، قال ابن حبيب: ووجه ذلك أن العقد قد سلم من الفساد بشرط التعجيل، فجاز ذلك على الطوع كنقد الثمن في مدة الخيار، وتعجيل السلم بأثر العقد.

فصل: والدليل على صحة الفصل الثاني، وهو أن العرية اسم واقع على النخلة ما قدمناه من قول أهل اللغة في ذلك، وفي صحيح البخاري عن سعيد بن جبير، قال: العرايا نخل كانت توهب للمساكين، فلا يستطيعون أن ينتظروها، فرخص لهم أن يبيعوها بما شاءوا من التمر. وقال الشاعر:

ليست بسنهاء ولا رجبية   ولكن عرايا في السنين الجوائح

يمدح نفسه بأن يهب ثمرتها في أوقات الجوائح، ولا يمدح نفسه ببيع ثمرتها حينئذ، ومما يدل على ذلك قول زيد بن ثابت: ولكن أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها، ففي هذا أدلة، أحدها: أنه قال: أرخص لصاحب العرية، ولا يجوز أن يقال أرخص لصاحب البيع أن يبيعها بخرصها.

والثاني: أنه قال بخرصها، وهذا يدل على أنه لم يرد به العيب؛ لأن العيب لا خرص له، ولا يخرص.

والثالث: أنه قال لصاحب العرية، وهذه اللفظة إنما تنطلق على الأعيان دون الأفعال، فيقال صاحب الشجرة، وصاحب الأرض، وصاحب الثمرة، ولا يقال صاحب القيام، وإنما جرى عرف الاستعمال فيه أن يقال له القائم.

ووجه رابع أنه قال: أرخص لصاحب العرية أن يبيعها، وهذا يقتضي أنه معروف

بأنه صاحب العرية قبل البيع، فدل ذلك على أن العرية غير البيع.

* * *

الباب الثانى فى بيان من يجوز له ذلك

وجملة ذلك أن كل من صارت إليه ثمرة الحائط ببيع، أو هبة، أو ميراث، له شراء العرية بمثل ما يجوز ذلك للمعرى؛ لما يلحقه من مضرة الشركة بدخول المعرى وخروجه كما يلحق المعرى، ولما فى ذلك من المعروف، فيحتمل المشترى العمل والمؤنة على المعرى كما يتحملها المعرى، ويجرى فى ذلك مجرى الزكاة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن صارت إليه العرية ببيع أو هبة أو ميراث، فحكمه فى جواز بيعها بخرصها تمرًا ممن له ثمرة الحائط، حكم المعرى للوجهين المذكورين قبل هذا.

ولا يجوز التبايع فيها على غير ما قدمناه. وقال الشافعى: يجوز أن تباع الثمرة على رءوس النخل بخرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق من جميع الناس، ويجوز بيعها لجميع الناس.

والدليل على ما نقوله ما روى بشر بن مسلمة، عن سهل بن أبى حثمة «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص فى العرية أن تباع بخرصها، فيأكلها أهلها رطبًا»(*).

وجه الدليل أنه استثنى من منع ذلك بيع العرايا بغير الدنانير والدراهم، وهذا يدل على أنه منع يختص بالعرايا جوازه، والشافعى يجوزه فى أنواع الثمار؛ لأن كل ما يكون من المسمى عنده عرايا إذا كان البيع إعراء، وجائز من كل أحد، فتبطل فائدة التخصيص واستثناء الرخصة من المنع.

ووجه آخر، وهو أنه عم المنع، واستثنى من تلك الرخصة أهل العرية، وهم أرباب النخل، فوجب اختصاص هذا الحكم بهم، وبقى الباقون على حكم المنع.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا بيع التمر بالتمر، فلم يجز إلا لدفع ضرر الشركة. أصل ذلك إذا كان محدودًا.

ودليل ثان، وهو أن المعرفة بالتماثل أمكن بالكيل منه بالخرص؛ لأن الخرص إنما

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢١٩١. مسلم حديث رقم ١٥٤٠. الترمذى حديث رقم ١٣٠٣. أبو داود حديث رقم ٣٣٦٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٤٢.

يستند إلى الكيل، وقد ثبت وتقرر أنه لا يجوز ذلك بالكيل إذا كان محدودًا، فبأن لا يجوز خرصا أولى وأحرى.

مسألة: ومن كان له فى حائط غيره أصل شجرة، فهل يجوز له أن يبيع منه ثمرتها بخرصها تمرًا؟ قال ابن القاسم وابن الماجشون: ذلك جائز. واختلفوا فى توجيه ذلك، فقال ابن القاسم: إن كان لضرر الشركة، فلا يجوز؛ لأنه لم يعره شيئًا، وإن كان على وجه المعروف، وأن يكفيه مؤنة العمل، فذلك جائز، وهو قول مالك.

وقال ابن الماجشون: ولا يجوز شراء ثمرة بخرصها كيلاً إلا لدفع ضرر الشركة، وعلى هذا يجوز فى هذا الموضع للتخفيف، وليس بالقياس.

مسألة: ومن أعرى جميع حائطه، فهل له أن يشترى ثمرته بخرصه؟ قال ابن القاسم: ذلك جائز. وقال ابن الماجشون: ليس له ذلك، وكذلك اختلف فى شرائه بعض عريته، فجوزه ابن القاسم، ومنعه ابن الماجشون.

ولو أعرى جماعة مشتركون فى حائط رجلاً ثمرة نخل منه، فأراد واحد منهم أن يشترى منه عريته، فلا يجوز عند ابن الماجشون؛ لأن ضرورة الشركة بالدخول والخروج لا ترتفع بذلك.

وجوزه ابن القاسم للأرفاق، وكفاية المؤنة، ولو أعرى رجل جماعة، جاز له أن يشترى من بعضهم عريته؛ لأنه قد يستضر بذلك، ويتحفظ منه دون غيره، وقد يجوز أن يخصه بالإرفاق دون غيره.

* * *

الباب الثالث فى بيان ما يصح ذلك فيه من الثمار

عن مالك فيه روايتان، إحداهما: أنه لا يجوز إلا فى النخل والعنب، وبه قال الشافعى. والثانية: يجوز فى كل ما ييبس، ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفستق، رواه ابن المواز، وهو فى المبسوط من رواية ابن القاسم، عن مالك.

ووجه الرواية الأولى أن هاتين الثمرتين يختصان بالأكل حال الإرطاب، وقيل اليبس مما يتأتى فيه الخرص.

ووجه الرواية الثانية أن هذا مما ييبس، ويدخر، فتثبت فيه حكم العرية كالثمر. وأما

الزيتون على هذه الرواية، فقد قال أشهب: إذا كان ييبس، ويدخر، جاز ذلك فيه بخرصه.

ومعنى ذلك عندى أن يوضع على حالة يدخر عليها؛ لأنه لا ييبس ويدخر على غير ذلك الوجه، ويكون أجل بيعه إلى أن يمكن عمله بعد القطاف، وكذلك العنب إلى أن يمكن تزبيبه بعد القطاف؛ لأنه لا يكون زبيبًا إلا بالتزبيب بعد القطاف.

وأما التين، فإن أوقاته تتفاوت فى ذلك؛ لأنه من أول أمره شرع فى تيبيسه، فله أن يدفع خرصه منه دون شرط يكون بينهما فى ذلك.

مسألة: فإن كان عنبًا لا يتزبب أو نخلاً لا يتتمر، فعلى اشتراط اليبس يجب أن لا يجوز ابتياع عريته؛ لأنه إذا شرط أن يعطيه تمرًا، فأما أن يشترط أن يعطيه من صنف غيره، وذلك لا يجوز.

وقد قال أصبغ، فيما لا ييبس من الفواكه: لا يجوز للمعرى أن يبيعه من معريه بخرصه نقدًا ولا إلى جداده، ولو أجيز ذلك بديا فى كل عرية، لم أره خطأ، وإن كنت أتقيه.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن يباع أول ما يبدو صلاحه بخرصه من جنسه يؤديه إليه عند تكامل طيبه؛ لأنه يستضر بدخوله إليه من وقت بدو صلاحه إلى تكامل طيبه، وكذلك يتحمل عن المعرى عمله فى تلك المدة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإنما يباع بالتمر إلى الجداد، ولا يباع بالرطب نقدًا، ولا إلى أجل لما روى أن رسول الله ﷺ أرخص فى بيع العرايا بخرصها تمرًا، ولا يجوز أن تباع بغير نوعها، فإن كانت العرية برنيا، لم يجز أن يشترط صيحانيًا، ولا عجوة، ولا أدنى، ولا أفضل، ولا يعين ذلك فى الحائط، ولا فى غيره.

فإن عين ذلك فى حائط بعينه، ففى المبسوط: إن فعل، أراه جائزًا، ويكون عليه ما ضمن للمعرى فى ذمته إلى الجداد يعطيه من حيث شاء. والظاهر من مذهب ابن القاسم أنه لا يجوز، ويفسخ العقد.

* * *

الباب الرابع فى بيان مقدار ما يجوز بيعه من العرية على الوجه الذى ذكرناه

ونحن نبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٨٨ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِى سُفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِى

١٢٨٨ - أخرجه البخارى كتاب البيوع باب بيع النحر على رءوس النخل، عن أبى هريرة. مسلم=

أَحْمَدَ[1]، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، يَشُكُّ دَاوُدُ، قَالَ: خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ.

الشرح: قوله: **«أرخص في بيع العرايا[2] بخرصها»**، يقتضي أن العرايا هي النخل

=كتاب البيوع باب تخريج بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا برقم ٧١ جـ١١٧١/٣، عن أبي هريرة. الترمذي في البيوع ١٣٠١. النسائي في البيوع ٤٥٣٩، أبو داود في البيوع ٣٣٦٤. أحمد في باقي مسند المكثرين ٧١٩٥.

(١) قال ابن عبد البر: أبو سفيان هذا مدني اسمه قزمان ثقة حجة فيما روى وهو مولى عبد الله ابن أبي أحمد بن جحش الأسدي، واسم أبي أحمد بن جحش: عبيد بن جحش، وهو أخو زينب بنت جحش زوج النبي ﷺ.

(٢) العرايا: جمع عرية، بتشديد الياء كمطايا ومطية، مشتقة من التعري وهو التجرد لأنها عريت عن حكم باقي البستان، وهي فعلية بمعنى فاعلة وقيل بمعنى مفعولة.

وقال ابن عبد البر في التمهيد ٢٧/٨: العرايا واحدها عرية والجمع عرايا، ومعناها عطية ثمر النخل دون الرقاب. كانت العرب إذا دهمتهم سنة تطوع أهل النخل منهم على من لا نخل له فيعطونه من ثمر نخلهم، فمنهم المكثر ومنهم المقل. ولهم عطايا منافع لا يملك بشيء منها رقبة الشيء الموقوف منها الأفقار والأخبال والأعراء ومنها المنحة، وكانوا إذا أعطى أحد منهم صاحبه ناقة أو شاة من غنمه يشرب لبنها مرة، قيل: منحه، فإن أعطاه دابة يرتفق بظهرها ويكرى ذلك وينتفع به قيل: أخبله، فإن أعطاه شيئا من الإبل يركبه مرة، قيل: أفقره ظهر جمله أو ناقته أو دابته، فالعرايا في ثمر النخل، وتكون عند جماعة من العلماء في النخل والعنب وغيرهما من الثمار. والمنحة في ألبان النوق والغنم والأخبال في الدواب، والأفقار في النوق والإبل. والأطراق: أن يعطيه فحل غنمه أو إبله لحمله على نعاجه أو نوقه، والإسكان أن يسكنه بيتا له مدة، لا يملك بشيء من هذا كله رقبة ما يعطى، ومن هذا الباب عند أصحابنا العمرى وخالفهم في ذلك غيرهم، وقد ذكرنا ذلك في موضعه من كتابنا هذا. وقال الخليل بن أحمد - رحمه الله -: العرية من النخل التي تعزل عن المساومة عند بيع النخل، والفعل الإعراء وهو أن يجعل ثمرة عامها لمحتاج. وقال غيره: إنما قيل لها عرية؛ لأنها تعرى من ثمرها قبل غيرها من سائر الحوائط. وقال ابن قتيبة: العرية مأخوذة من العارية، وهي عارية مضمنة بهبة، فالأصل معار والثمرة هبة. فهذا معنى لفظ العرية في اللغة. وذلك أن الرجل منهم كان يعطى جاره أو المسكين من كان نخلة من حائطه أو نخلات يجنى ثمرها فيقول: أعريت نخلتي أو نخلي فلانا، وكانوا يمتدحون بذلك. قال بعض شعراء الأنصار:

فليست بسنهاء ولا رجبية ... ولكن عرايا في السنين الجوائح

ويروى في السينين المواحل. وسنهاء من النخل التي تحمل سنة وتحول سنة فلا تحمل، وذلك=

المبيع ثمرها، فيحتمل أن يريد به وأرخص فى بيع ثمر العرايا، فحذف المضاف، وأقام المضاف إليه مقامه، وهذا كثير فى كلامهم، ويحتمل أن يسمى الثمر عرايا لما بينها وبين النخل التى هى حقيقة العرايا من التعلق.

ولو كانت صفة للمبيع لما صح هذا القول؛ لأن الهاء فى قوله: «**بخرصها**»، ترجع إلى غير مذكور، ولا معهود، كما لا يجوز أن يقال منع من بيع المزابنة بخرصها لما كانت المزابنة صفة للمبيع، ويجوز أن يقال أرخص فى بيع العجوة بخرصها لما كانت العجوة صفة للمبيع.

فصل: وقوله: «**فيما دون خمسة أوسق، أو فى خمسة أوسق**»، قصر النبى ﷺ هذا الحكم على هذا المقدار من التمر كما قصر الزكاة على نصاب خمسة أوسق فما زاد، ويجوز أن يكون حكم الزكاة يختص الرفق فيه بأرباب الأموال بترك الزكاة فيما دون خمسة أوسق؛ لأنها تضعف عن المواساة غالبًا.

وكذلك فى مسألتنا اختص هذا الحكم بهذا القدر للرفق؛ لأن هذا القدر الذى جرت العادة بإعرائه، ولا يكاد أن يزيد عليه إلا الشاذ النادر الذى تتكرر به المشقة ولا يبلغه بالإعراء إلا من له الحوائط الكثيرة التى تشغله بالعمل، ولا يلحقه الضرر بالإعراء من بعض حوائطه.

مسألة: وشك داود بن الحصين فى المقدار بين الخمسة أوسق وبين ما دونها، ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيح أحد غيره، وقد عول عليه جميع الفقهاء، وأخرجه أصحاب الصحيح.

وعن مالك فى تحديد ذلك روايتان، روى عنه أبو الفرج عمرو بن محمد: أن ذلك لا يجوز إلا فى أقل من خمسة أوسق. وروى عنه المصريون: أنه يجوز فى خمسة أوسق، دون ما زاد عليها.

وجه منعه إياه فى الخمسة أوسق أن هذا الحكم خص باللفظ العام فى النهى عن المزابنة، وبيع الثمرة، فوجب أن يثبت التخصيص بما تيقن منه دون ما لم يتيقن، والذى

=عيب فى النخل فوصف نخله أنها ليست كذلك ولكنها تحمل كل عام، والرجبية هى التى تميل لضعفها فتدعم من تحتها، كذا قال ابن قتيبة فى كتاب الفقه له، ثم وصف أنه يعريها فى السنين الجوائح أى يطعم ثمرتها أهل الحاجة فى سنى الجدب والمجاعة، وقد كان الرجل منهم يعطى ذلك أيضا لأهله ولعياله يأكلون ثمرتها فتدعى أيضا عرية، فهذا كله أقاويل أهل اللغة فى العرية.

يتيقن منه دون خمسة أوسق، والخمسة مشكوك فيها، فلا يقع بها تخصيص لفظ عام ثابت.

ووجه الرواية الثانية أن الحدود وضعت لتبيين المحدود وتمييزه من غيره، فيجب أن يكون فى نهاية البيان، ويتعلق بالألفاظ التى لا اشتراك فيها، وإلا لم يقع التحديد بها، وما دون خمسة أوسق لفظ مشترك لا يختص بمقدار ما، فلا يجوز أن يكون حدًا بين ما يجوز وما لا يجوز، وأما خمسة أوسق، فمختصة بمقدار ما، فكانت أولى بأن تكون حدًا.

فرع: فإذا خرصت عرية، فكانت أقل من خمسة، فلما جدها وجد فيها أكثر من خمسة أوسق، ففى المدنية من رواية صدقة بن حبيب، عن مالك: أن الفضل لصاحب العرية، ولو وجد منه أقل مما خرص عليه، ضمن له الخرص، وهذا إذا كان له مفردًا، ولو خلطه قبل أن يكيله لوفاه ما ضمنه، ولم تكن عليه زيادة ولا نقصان.

قال مالك: وَإِنَّمَا تُبَاعُ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ يُتَحَرَّى ذَلِكَ، وَيُخْرَصُ فِى رُءُوسِ النَّخْلِ وليست له مكيلة، وَإِنَّمَا أُرْخِصَ فِيهِ؛ لأَنَّهُ أُنْزِلَ بِمَنْزِلَةِ التَّوْلِيَةِ وَالإِقَالَةِ وَالشِّرْكِ، وَلَوْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنَ الْبُيُوعِ مَا أَشْرَكَ أَحَدٌ أَحَدًا فِى طَعَامِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ وَلا أَقَالَهُ مِنْهُ وَلا وَلاهُ أَحَدًا حَتَّى يَقْبِضَهُ الْمُبْتَاعُ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن العرية لا تباع على شرط التبقية إلا بخرصها تمرًا، ولا يجوز أن تكون بسرًا ولا رطبًا، وقد تقدم ذكره ولا يجوز أن تباع بغير جنسها من الطعام ولا بغيره إلا بعد الجد؛ لأن التخلية بينه وبينها ليست بقبض لها، بدليل أن الجائحة تثبت فى الثمرة بعد تخلى البائع عنها إلى المبتاع، وهى فى أصل شجره، ويجب على البائع سقيها، فلو كان ذلك قبضًا لكانت من ضمان المبيع، ويجوز أن يباع بالذهب والورق، وغير ذلك من العروض.

فصل: وقوله: «**ويجوز بيعها بخرصها من التمر، يتحرى ذلك فى رءوس النخل، وليست له مكيلة**»، يريد أن ذلك يجوز فيها للحاجة إليه، ولتعذر الكيل فيها ما دامت فى رءوس النخل.

وهو الوجه الذى يباع عليه، وإنما أرخص فيه لذلك كما أرخص فى الإقالة،

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١١٨/١٩.

والشركة والتولية، فيجوز فيها لما فيه من المعروف ما لا يجوز فى غيرها من العقود من بيع الطعام قبل استيفائه.

* * *

الجائحة فى بيع الثمار والزرع

١٢٨٩ - مَالِك، عَنْ أَبِى الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ سَمِعَهَا تَقُولُ: ابْتَاعَ رَجُلٌ ثَمَرَ حَائِطٍ فِى زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَعَالَجَهُ، وَقَامَ فِيهِ حَتَّى تَبَيَّنَ لَهُ النُّقْصَانُ، فَسَأَلَ رَبَّ الْحَائِطِ أَنْ يَضَعَ لَهُ أَوْ أَنْ يُقِيلَهُ، فَحَلَفَ أَنْ لا يَفْعَلَ، فَذَهَبَتْ أُمُّ الْمُشْتَرِى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تَأَلَّى أَنْ لا يَفْعَلَ خَيْرًا» فَسَمِعَ بِذَلِكَ رَبُّ الْحَائِطِ فَأَتَى إلى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هُوَ لَهُ(١).

الشرح: قوله: «**فعالجه، وقام فيه حتى تبين له النقصان**»، يحتمل أن يريد حتى تبين له نقصان قيمته عن الثمن الذى اشتراه به، ويحتمل أن يريد به حتى تبين له نقصان ثمره عما قد قدر فيه(٢).

١٢٨٩ - أخرجه أحمد ١٠٥/٦، عن عائشة. ذكره فى بدائع المنن بترتيب مسند الشافعى والسنن برقم ١٢٨٧. البيهقى فى السنن ٣٠٥/٥، عن عمرة بنت عبد الرحمن. فى معرفة السنن والآثار ١١٢٢٦/٨. البخارى فى كتاب الصلح ٢٧٠٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٨.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٨/٨: لا أعلم هذا الحديث بهذا اللفظ يسند عن النبى ﷺ من وجه متصل إلا من رواية سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد، عن أبى الرجال، عن عمرة، عن عائشة. وكان مالك يرضى سليمان بن بلال، ويثنى عليه ذكره البخارى قال: حدثنا إسماعيل بن أبى أويس، قال: حدثنى أخى، عن سليمان، عن يحيى بن سعيد، عن أبى الرجل محمد بن عبدالرحمن، عن أمه عمرة بنت عبدالرحمن قالت: «سمعت عائشة تقول: سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه فى شىء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: أين المتألى على الله أن لا يفعل المعروف؟ فقال: أنا يا رسول الله! فيلفعل أى ذلك أحب».

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٨/٨: فى هذا الحديث دليل على أن لا جائحة يقام بها، ويحكم بإلزامها البائع فى الثمار، إذا بيعت قلت الجائحة أو كثرت؛ لأنه لم يذكر فيه مقدار النقصان كثيرا كان أم قليلا، ولو لزمت الجائحة فى شىء من الثمار البائع بعد بيعه، لبين ذلك رسول الله ﷺ ولبين المقدار وهذا المعنى اختلف فيه العلماء.

وذلك أيضًا يحتمل وجهين، أحدهما: أن يتبين له من أمر الثمرة مع بقائها على ما كانت عليه حين ابتاعها من تقصيرها عما كان قدر فيها. والثاني: أن يتبين النقصان بجائحة طرأت عليها.

إلا أن إدخال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على أنه حمله على الجائحة، وذلك أنه أورد الجملة على تبين النقصان، فالظاهر أنه علة له، والجائحة من باب النقصان، فلذلك أنكر على من تألى أن لا يضعها.

فصل: وقوله: «**فأتى رب الحائط، وسأله أن يضع عنه أو يقيله**»، يحتمل وجهين، أحدهما: أنه سأله ذلك على وجه الرغبة إليه، وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضًا عند المتاجرة، فذلك لا بأس به، رواه ابن المواز، عن مالك، وروى عنه أيضًا أنه قال: غيره أحسن منه.

وجه إباحته أن الأرفاق معروف، فكان مباحًا للغني والفقير كاستعارة الثوب والدابة.

ووجه استحسان غيره ما فيه من السؤال والخضوع والامتهان لمخلوق في غرض دنيا، لا تدعو إليه حاجة، وقد قال النبي ﷺ: «اليد العليا خير من اليد السفلى»، وكذلك إن قال له: إن وضعت عني، وإلا خاصمتك. قال أصبغ: أو يقول إن وضعت عني وإلا وجدت عيبًا، فإن هذا ممنوع منه.

مسألة: والثاني: أن يكون إنما سأله أن يضع عنه بقدر الجائحة التي تثبت له على وجه استدعاء الحق على وجه الرغبة.

وقوله: «**فحلف أن لا يفعل**»، يجب أن يكون ممنوعًا على وجهين، سأله التخفيف عنه، على وجه المعروف، أو سأله أن يسقط عنه ما يجب عليه إسقاطه من الجائحة.

فصل: وقوله: «**فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ**»، يحتمل أنها مضت تتشفع بالنبي ﷺ حين امتنع من الوضيعة، على حسب ما فعل جابر حين اشتد عليه الغرماء، ويحتمل أنها أتت رسول الله ﷺ على وجه الاستفتاء والاستعلام لما يجب لابنها، وعليه فيما قضت عليه.

فصل: وقوله ﷺ: «**تألى أن لا يفعل خيرًا**»، إنكار لحلفه على مثل هذا، وتدبر لما آل يمينه أو حلفه، وليس في ذلك ما يقتضي الحكم للمشتري بجائحة، ولا غيرها، وإنما فيه إنكار لحلفه أن لا يفعل خيرًا.

فإن كان بعد هذا يتقرر من قولهما ما يوجب الحكم عليه بوضع الجائحة، وإن تقرر من قولهما ما لا يوجب الحكم عليه، فتأليه على أن لا يفعل خيرًا ثابت فى نفسه.

فصل: وقول البائع لما بلغه قول النبى ﷺ: «**هو له**» إقلاع عما أتاه من الحلف على أن لا يضع من المبتاع شيئًا، يبالغ فى الإقلاع والتوبة، والرجوع إلى مراد النبى ﷺ والمسارعة إلى ما تبين له من مذهبه بأن وضع عنه، أو أقاله.

قال مالك فى العتبية، فى قوله: «**هو له**»: لا أدرى الوضيعة أو الإقالة، وكذلك كانوا، رضى الله عنهم، سراعًا إلى امتثال أوامره، واجتناب نواهيه، ولذلك كانوا خير أمة أخرجت للناس، واختارهم الله لصحبة نبيه ونصرته، رضى الله عنهم أجمعين.

١٢٩٠ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى بِوَضْعِ الْجَائِحَةِ.

قال مالك: وَعَلَى ذَلِكَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «**قضى بوضع الجائحة**»، الجائحة اسم لكل ما يجيح الإنسان وينقصه، إلا أن هذا له عرف فى الشرع واللغة، فإذا أطلق فهم منه فساد الثمرة، وهو الذى وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن، وبهذا قول مالك إذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر. وقال أبو حنيفة: جميع ذلك من المشترى، وبه قال الليث والشافعى فى الجديد.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه مسلم من حديث أبى الزبير، عن جابر، أن رسول الله ﷺ قال: «من باع ثمرًا فأصابته جائحة، فلا يأخذ من أخيه، علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم»[1].

ودليلنا من جهة القياس أن هذه ثمرة أصابتها جائحة قبل أن تستغنى عن أصلها، فجاز أن يرجع بها على البائع. أصله إذا كان ذلك بعطش.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن دعا البائع إلى رد الثمرة إليه، إن لم يرض المبتاع

١٢٩٠ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٦٩.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٥٤، بلفظ: «لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا بم تأخذ مال أخيك بغير حق».

وأخرجه بلفظه: ابن ماجه حديث رقم ٢٢١٩. وأخرجه بلفظ قريبا منه: النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٢٨. أبو داود حديث رقم ٣٤٧٠. الدارمى حديث رقم ٢٥٥٦.

بالمتاركة، لم يكن لـه ذلـك، ووضـع الجائحـة عـن المشـترى، قالـه مـالك فـى المختصـر الكبير، ولو شرط البراءة من الجائحة البائع، لم ينفعه ذلك، ووضع الجائحة، قالـه مـالك فى كتاب ابن المواز.

ووجه ذلك ما ذكرناه من اشتراط نقل الضمان عن محله، إذا كان لـه عـرف لا يؤثـر فى نقله، ويصح العقد دونه.

إذا ثبت ذلك، فإن فى الجوائح ثلاثة أبواب، الباب الأول: فـى تبيـين مـا يكـون مـن المتلفات جائحة. والباب الثانى: فى تبيين ما توضـع فيـه الجائحـة. والبـاب الثـالث: فـى مقدار ما يكون من ذلك جائحة.

* * *

الباب الأول فى تبيين ما يكون من المتلفات جائحة

اختلف أصحابنا فى معنى ما يوضع من الجوائح، فعند ابن القاسم أن مـا لا يسـتطاع دفعه، وإن علم به، فإنه يكون جائحة، وما يستطاع دفعه إن علم به، فلا يكون جائحـة كالسارق، قاله فى كتاب ابن المواز، وهو مذهب ابن نافع فى المدونة.

وروى عن ابن القاسم فى المدونة: أن كل ما أصـاب الثمـرة بـأى وجـه كـان، فهـو جائحة، سارقًا كان أو غيره.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يكون جائحة إلا ما أصاب الثمرة مـن أمـر السـماء من عفن، أو برد، أو عطش، أو فساد بحر أو برد، أو بكسر الشجر، وأما مـا كـان مـن صنع آدمى، فليس بجائحة.

فوجه رواية ابن المواز، عن ابن القاسم ما احتج به له أن السارق لو علم بـه؛ لأمكنـه دفعه، فلا يكون ذلك جائحة؛ لأن المبتاع حينئذ مفرط فى حفظ الثمـرة، ومضيـع لهـا، فكان ذلك منه.

ووجه رواية سحنون عنه أنه من ضمان البـائع، فعلـى أى وجـه تلفـت، كـان ذلـك جائحة توضع عن المشترى؛ لأن ما تلف لم يسلم إليه.

ووجه الرواية الثانية أن الثمرة فى يد المبتاع قد سلمها إليه البائع على نهاية مـا يمكنـه من التسليم، فليس عليه حفظها له، ولا ضمان عليه فيها إلا ما كان فـى جهـة الأصـل؛ لاسـتحقاقه عليـه السـقى إلى تنـاهى نضجهـا، وكمـال صلاحهـا، ولـو كـان يضمنهـا بالسارق والعطش؛ لكان عليه حفظها، وذلك لا يقوله أحد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الجائحة على ضربين، جائحة من قبل الماء، وجائحة من قبل غير الماء، فأما الجائحة من قبل الماء، فإن كانت من قبل العطش، فقد قال مالك فى الواضحة: يوضع قليل ذلك وكثيره، كانت شرب مطر أو غيره، وكذلك قال ابن القاسم.

ووجه ذلك أن هذه منفعة من شرط تمامها السقى، فوجب أن يوضع عن المشترى قليلها وكثيرها كمنفعة الأرض المكتراة. والفرق بينها وبين سائر الجوائح، أن سائر الجوائح لا تنفك الثمرة من يسيرها، وهذه تنفك الثمرة من يسيرها.

فالمشترى داخل على السلامة منها، ولم يدخل على سلامتها من يسير العفن والأكل، وأما الجائحة بكثرة المطر، فهو نوع من العفن، فكان حكمه حكم سائر العفن، يصح كثيره دون قليله.

* * *

الباب الثانى فى تبيين ما توضع فيه الجائحة

أما ما يعتبر به فى وضع الجائحة، فإنه يرجع إلى معنيين، أحدهما: جنس الثمرة. والثانى: معنى يقترن بها. فأما جنس الثمرة، فهو كل بيع يحتاج إلى بقائه فى أصله، وحاجته إلى ذلك تكون على ضربين، أحدهما: لانتهاء صلاحها وطيبها كثمرة النخل والعنب إذا اشترى عند بدو صلاحه وكثمرة التفاح والتمر والبطيخ والورد والياسمين والفول والجلبان.

والثانى: يحتاج إليه لبقاء رطوبته ونضارته كثمرة العنب اشتريت بعد انتهاء طيبها، وكالبقول والقصيل، والأصول المغيبة من الجزر، والسلجم والبصل والثوم، فأما ما يحتاج إلى بقائه فى أصله لتمام صلاحه، فلا خلاف عندنا فى وضع الجائحة فيه.

وأما ما لا يحتاج إلى بقائه فى أصله لتمام صلاحه، ولا لبقاء نضارته، كالتمر اليابس والزرع، فلا خلاف فى أنه لا يوضع فيه جائحة؛ لأن تسليمه قد كمل بتخلى البائع عنه إلى المبتاع؛ لأنه ليس له فى أصله منفعة مستثناة يستنظر استيفاءها، فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة فى الأصل.

وأما ما يحتاج إلى بقائه فى أصله لحفظ نضارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه وكالقصيل والبقول والقصب والقرط، والأصول المغيبة، فقد اختلف أصحابنا فى مسائل يجب ردها إلى أصل واحد، فروى ابن القاسم فى المدنية: أن من اشترى التمر

فى رءوس النخل، قد طابت طيبًا بينًا، فأصابتها الجائحة، فليس على البائع من ذلك شىء؛ لأنه مثل ما فى الخرابز.

وروى أصبغ، عن ابن القاسم أنه سئل عن قصب السكر، فقال: لا توضع فيه جائحة؛ لأنه لا يباع حتى يتم. وقال سحنون: إذا تناهى العنب، وآن قطافه حتى لا يتركه تارك إلا لسوق يرجوه أو لشغل يعوض له، لم توضع فيه جائحة.

وروى سحنون، عن ابن القاسم فى قصب السكر والخربز وسائر البقول والقصيل الجائحة، وبه قال ابن عبد الحكم. وروى عبد الرحمن بن دينار، عن ابن كنانة فيمن اشترى فاكهة أو رطبًا، فطابت وأخرها رجاء النفاق، فأصابتها جائحة، ولو عجل بها، لم تصبها جائحة، قال: يوضع عنه الثلث.

وروى عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك: ذلك على البائع ما لم تيبس الثمرة، فعلى رواية أصبغ، عن ابن القاسم: لا يراعى حفظ نضارته، وإنما يراعى تكامل صلاحه، ويجب أن يجرى هذا المجرى كل ما كان هذا حكمه كالقصيل والبقول والقرط، فلا توضع جائحة فى شىء من ذلك. وعلى رواية سحنون: توضع الجائحة فى جميعه.

وجه رواية أصبغ أن الضمان بجائحة الثمرة، إنما يلزم البائع ما بقى عليه فيها من حق التوفية؛ لأن ما يلزمه من تمام صلاح الثمرة لم يوجد، فلا يصح تسليم الثمرة إلا بعد وجوده.

فإذا وجد كمال الصلاح بعد تسليم الثمرة، سقط عنه الضمان، وما يرجوه المبتاع من حفظ رطوبته ونضارته ببقائه فى أصله، فذلك حفظ لمبيع قد وجد، وليس على وجه الانتظار لم يوجد.

ألا ترى أن من باع منه قمحًا، فكاله عليه فى ليل أو وقت لا يمكن نقله، فإن المبتاع يبقى الطعام فى موضعه حفظًا له إلى أن يمكن نقله، ومع ذلك، فإن البائع لا يكون ضامنًا له.

ووجه الرواية الثانية أن بقاء الثمرة فى الأصل لحفظ رطوبتها ونضارتها، وجه مقصود معتاد، وعليه ابتاع المبتاع؛ لأن فى جد الثمرة جهة فساد؛ لأن ذلك يتلف رطوبتها، ولا يمكن أكلها على المعهود إلا شيئًا بعد شىء، ولا يتأتى بيع جميعها وجده جملة فى الغالب، فنقول: إن الثمرة مبقاة فى الأصل لمعنى معتاد مقصود، فثبت فيها

الحكم بالجائحة كالمبقاة لتمام الصلاح، ولذلك استويا فى وجوب السقى على البائع.

فإن أخرها المبتاع عن المعتاد من حالها، فأجيحت بعد ذلك فهى منه، وإنما اختلف فى وضع الجائحة فى البقول؛ لاختلاف قول أصحابنا فى هذا الأصل، فعلى القول الأول لا توضع فيه جائحة، وعلى القول الثانى توضع فيه الجائحة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما البقل من هذا النوع الذى توضع فيه الجائحة على وجه البيع المحض مفردًا عن أصله، والجائحة توضع فيه، فأما ما كان مهرًا فى نكاح، فاختلف أصحابنا، فقال ابن القاسم: لا جائحة فيه. وقال ابن الماجشون: فيه الجائحة.

وجه قول ابن القاسم أن هذا عقد لا يقتضى المغابنة والمكايسة، وإنما يقتضى المواصلة والمكارمة، ووضع الجائحة ينافى ذلك.

ووجه قول ابن الماجشون أن هذا عقد ثبت فيه الرد بالعيب، فثبت فيه وضع الجائحة كالبيع المحض.

مسألة: ومن اشترى عرية، فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب: توضع فيها الجائحة. وقال أشهب: لا توضع فيها جائحة.

ووجه ذلك أن هذه ثمرة يضمنها بخرصها تمرًا إلى الجداد، فسقط عنه ذلك بالجائحة كالزكاة.

ووجه قول أشهب أنه اشتراها لدفع الضرر، وهذا إذا كانت العرية نخلاً معينة، وإن كانت أوسقًا من حائط، فلم يبق إلا مقدار تلك الأوسق، لزم المبتاع أداؤها بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه لإنسان، ولآخر منه بخمسة أوسق، فتلفت الثمرة إلا خمسة أوسق، فإن جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة، قاله فى المبسوط.

مسألة: ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه أصوعًا مقدرة، فأجيحت، فقد روى ابن القاسم وأشهب، عن مالك: توضع من العدد المستثنى بقدره، وقال ابن القاسم فى المدنية: إن قصرت الجائحة عن الثلث، لم يوضع من المستثنى شىء، وإن بلغت الثلث وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة.

قال ابن القاسم: وهذا بخلاف الصبرة يبيعها، ويستثنى منها كيلاً يكون الثلث، فأدنى، فتهلك الصبرة، إلا ما استثنى البائع منها، فإن ذلك له دون المبتاع، والله أعلم.

وروى عنه ابن وهب: لا يوضع من العدد المستثنى، قليل ولا كثير، أجيح أكثر الثمرة أو أقلها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى مبنى على ما يقتضيه اختلاف قول مالك فى المستثنى من الثمرة كيلاً، فعلى ما يقتضيه قوله من أن المستثنى يتناوله البيع، وارتفع بعد ذلك بعقد الاستثناء، فلا جائحة فيه؛ لأن البائع ابتاع من المشترى ما استثناه من عدد الأوسق، فوجب أن يكون استثناؤه مقدمًا فى ثمرة أو حائط، ولو لم يبق من الحائط غير ذلك.

وعلى ما يقتضيه قوله أن المستثنى لم يتناوله البيع، وإنما أبقاه الاستثناء على ملك البائع، فإن ذلك صار به البائع شريكًا للمبتاع، فوجب أن تكون الجائحة بينهما على قدر ما لكل واحد منهما من ثمرة الحائط، والله أعلم.

* * *

الباب الثالث فى تبيين مقدار الجائحة التى توضع

وجملته أن المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع، ثمار التين والتمر والعنب وما جرى مجراها من الجوز واللوز والتفاح، فهذه يراعى فى جوائحها الثلث، فإن قصرت الجائحة عن الثلث، لم يوضع عن المشترى منها، وإن بلغت الثلث، وضع عنه جميعها ونوع البقول، وهو سائر أنواع البقول والأصول المغيبة مما الغرض فى أعيانها دون ما يخرج منها.

وقد تقدم من قولنا أن فيها روايتين، إحداهما: نفى ذلك جملة. والثانية: إثباتها، فإذا قلنا بإثبات حكم الجائحة فيها، فهل يعتبر فيها الثلث أم لا؟ روى ابن القاسم، عن مالك: أن الجائحة توضع فيها قليلها وكثيرها، بلغت الثلث أو قصرت عنه.

وفى المدنية عن ابن القاسم، عن مالك: إلا أن يكون الشىء التافه. وروى على بن زياد عنه: لا يوضع من جائحتها إلا ما بلغ الثلث.

وجه رواية ابن القاسم أن البقول لما لم يجز بيعها إلا عند جدها، وجب أن يستوفى قليل ما يتلف منها وكثيره كالمكيل والموزون.

ووجه رواية على بن زياد أن هذا بيع ثبت فيه حكم الجائحة، فاعتبر فيها الثلث كالثمرة، ونوع ثالث يجرى مجرى البقول فى أن أصله مبيع مع ثمرته، ويجرى مجرى

الأشجار فى أن المقصود منه ثمرته كالقثاء والبطيخ والقرع والباذنجان والفول والجلبان.

فهذا روى ابن القاسم، وجميع أصحابنا أن الثلث يعتبر فى جائحتها. وقال أشهب فى كتاب ابن المواز: المقاثئ كالبقل توضع الجائحة فيها، قليلها وكثيرها، دون اعتبار ثلث.

وجه رواية ابن القاسم أن المقصود من البيع الثمرة، فوجب أن يكون حكمها حكم الثمرة.

ووجه قول أشهب أن هذا نبات ليس له أصل ثابت، فلم يعتبر فيه بالثلث كالبقول.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان المبيع من الثمار فى عقد واحد أجناسًا مختلفة عنبًا وتينًا ورمانًا وسفرجلاً وياسمينًا وورد‌ًا، فأصيب جنس منها بجائحة وسلم سائرها.

فإن جائحة كل جنس من ذلك معتبر بنفسه إن بلغت ثلثه، وضعت وإن قصرت عنه، لم توضع، رواه ابن حبيب، عن مالك. وروى ابن المواز، عن أصبغ: أن جائحة المصاب معتبرة بالجملة، سواء كان ذلك فى حائط واحد أو حوائط مختلفة.

ووجه قول مالك أن الجائحة إنما يعتبر فيها الثلث؛ ليتميز ما ليس بجائحة من الأمور المعتادة، فإذا بلغ ثلث هذا الجنس، ثبت أنه جائحة، ووجب وضعها، ولو اشترى رجل حوائط كثيرة من جنس واحد، فأصابت الجائحة حائطًا منها، لاعتبر ثلث الجملة، وبهذا تعلق أصبغ فى اعتبار ثلث الجملة والأجناس.

فرع: وكيف يكون الاعتبار بالثلث؟ أما على قول أصبغ، فيعتبر بثلث الجملة فى الأجناس المختلفة وصفة العمل فى ذلك أن ينظر إلى قيمة الجنس الذى أصابته الجائحة من سائر الأجناس، فإن كانت قيمته ثلث الجملة حكم بجائحته، ولا يعتد بثلث الثمرة إذا ذهب الجنس كله.

فإن ذهب بعضه، فإن ابن القاسم ينظر إلى الجنس الذى أصيب، وإن كانت قيمته بقدر ثلث قيمة الجملة، فإن أصيب ثلث ثمرته، حكم بالجائحة، وإن أصيب أقل من ثلث الثمرة، فلا جائحة فيه، وإن كان ذلك الجنس أقل من ثلث الجملة فى القيمة، فلا جائحة فيه، وإن أصيب جميعه.

وقال أصبغ: إنما ينظر فى ذلك كله إلى ثلث القيمة، فإن أصيب من الجنس الواحد ما يفى ثلث قيمة الجملة، فهى جائحة، وإن كان أقل من ذلك، فليست بجائحة.

وجه قول ابن القاسم أن التقويم يحتاج إليه فى اختلاف الأجناس، فإذا كان النوع واحدًا، ورجع إلى الاعتبار به، فالاعتبار بقدر الثمرة كما لو كانت مفردة.

ووجه قول أصبغ أن الاعتبار يجب أن يكون بقيمة الجملة، أو بقدر ثلث الثمرة المجاحة، وأما أن يعتبر الأمران جميعًا، فذلك خلاف الأصوب.

مسألة: وإن كان المبيع جنسًا واحدًا، أو أنواعًا مختلفة، فأصيب نوع منها، فلا خلاف بين أصحابنا فى أن الاعتبار بثلث جميع المبيع، وهل يعتبر بثلث قيمته أو ثلث الثمرة؟ روى ابن المواز، عن مالك وابن القاسم وعبد الملك: أن الاعتبار بثلث الثمرة.

وروى عن أشهب: أن الاعتبار بثلث القيمة، وأما إن كان نوعًا واحدًا، فإنه على ضربين، أحدهما: أنْ يحبس أوله على آخره كالتمر والعنب، فهذا لا خلاف فى المذهب أن الاعتبار فى جائحته بثلث الثمرة، وإن كان مما لا يحبس أوله على آخره كالقثاء والبطيخ والخوخ والتفاح.

قال ابن حبيب وابن المواز: والرمان، فهاهنا يعتبر ابن القاسم أيضًا ثلث الثمرة وأشهب يعتبر بثلث القيمة.

وجه القول الأول أن الثلث إنما اعتبر؛ ليميز به النقص الذى يكون جائحة من النقص المعتاد الذى لا يكون جائحة، وذلك لا يكون إلا باعتبار ثلث الثمرة.

ووجه قول أشهب أن المقصود هو القيمة، وبسببها يزيد الثمن وينقص، وقد يكون اليسير من الثمر له معظم الثمن، ولو أصيب اليسير منها وقليله كيسير الثمن يلحقه الضرر، كما أنه إذا أصيب الكثير منها، ولا قيمة له لم يلحقه كثير ضرورة.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، نظرت إلى ثلث الثمرة، فإن بلغته الجائحة وضعت عن المشترى، وإن لم تبلغ إلا عشر القيمة، وإن قصرت عن ثلث الثمرة، لم يوضع عنه شىء، وإن بلغت تسعة أعشار القيمة، وإن قلنا بقول أشهب نظر إلى ثلث القيمة، فإن بلغته الجائحة وضعت عن المبتاع، وإن كانت لم تبلغ إلا عشر الثمرة، وإن لم تبلغ ثلث القيمة، لم توضع، وإن بلغت تسعة أعشار الثمرة.

قال مالك: وَالْجَائِحَةُ الَّتِى تُوضَعُ عَنِ الْمُشْتَرِى الثُّلُثُ فَصَاعِدًا، وَلا يَكُونُ فيما مَا دُونَ ذَلِكَ جَائِحَةٌ[(١)].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١١٢.

الشرح: وهذا كما قال أن الجائحة التى توضع هى ما بلغت ثلث الثمرة أو القيمة على ما تقدم، وإن قصرت عن ذلك فى الثمار، لم توضع عن المشترى، وهو معنى قوله: فلا يكون فى ذلك جائحة. وقال الشافعي: يوضع قليل ذلك وكثيره فى الثمرة وغيرها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن الثمار لا تنفك من ذلك، ولا تسلم من يسير العفن، وأكل الطير، فهذا مما دخل عليه المشترى، فلا يكون له الرجوع به.

ولو كان له الرجوع به لما صح بيع ثمر أبدًا؛ لأنه لا يصح أن يسلم جميعها بوجه؛ لأن كل بيع يتعين فيه يتعذر فيه تسليم المبيع باطل، ولما أجمعنا على صحة بيع الثمرة، وصحة وضع الجائحة على أن الذى يوضع ما ينفك عنه غالبًا تلف الكثير.

مسألة: فإن أصابت الجائحة معظم الثمرة، لزم المبتاع قيمتها بخلاف من اشترى صبرة طعام أو غيره، فاستحق معظمها، أو اشترى طعامًا على الكيل، فذهب معظمه قبل الكيل، فإنما لا يلزم المبتاع بقيته.

والفرق بينهما أن الجوائح معتادة لا تسلم الثمرة من يسيرها وكثيرها، متكرر فيها، فالمبتاع يدخل على الرضا بما بقى منها، ولذلك لزمه النقد فيها، ولو لم يلزمه الباقى لما جاز النقد فيها بالشرط، وليس كذلك استحقاق الصبرة أو إتلاف بعض الصبرة المشتراة على الكيل، فإنه نادر والمبتاع لم يدخل عليه، ولذلك جاز له النقد فيه.

* * *

ما يجوز فى استثناء الثمر

١٢٩١ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ كَانَ يَبِيعُ ثَمَرَ حَائِطِهِ وَيَسْتَثْنِى مِنْهُ.

الشرح: قوله: «**كان يبيع ثمر حائطه**» بيع ثمر حائطه، على ثلاثة أضرب، أحدها: أن يبيع منه مكيلة معروفة. والثاني: أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعًا بالخرص. والثالث: أن يبيعه منه جزافًا. فأما بيع الأصوع منه، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

١٢٩١ - أخرجه ابن أبى شيبة ٦/٣٣٢. الأم ٣/٦٠. معرفة السنن والآثار ٨/١١٢٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٧٢.

وأما إن باعه على أن فيه كذا وكذا صاعًا على التحرى، فقد قال الشيخ أبو القاسم: ذلك غير جائز. قال القاضى أبو محمد: لأن التحرى فيه من باب الغرر، وقاسه على الصبرة من الطعام، لا يجوز بيعها على التحرى على أن فيها عدد أصوع.

ووجه هذا عندى أن الاعتبار فى مقدار ما يبيعه بالتحرى والكيل يكثر به الغرر، والخطر لاجتماعهما.

وأما أن يبيعه جزافًا، فإن ذلك جائز، ولا خلاف فيه.

ووجه ذلك أنه مرئى يتأتى فيه الحزر، فجاز بيعه جزافًا.

فصل: وقوله: «**ويستثنى منه**»، يحتمل أن يريد به كيلاً، ويحتمل أن يريد جزءًا شائعًا، ويحتمل أن يريد نخلات يختارها. فأما استثناء الجزء الشائع منه، فإنه جائز، إن كان أقل من النصف.

وإن كان أكثر من النصف، فالذى عليه مالك وأصحابه، أن ذلك جائز أيضًا. وعبد الملك بن الماجشون، لا يجيز استثناء الأكثر من الجملة بوجه، وقد ذكرناه فى أحكام الفصول.

ووجه قول مالك أن الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر، فوجب أن يصح؛ لأنه إذا قال له: أبيعك هذا الحائط إلا تسعة أعشاره، فالمفهوم بعتك عشره، وذلك جائز، وهذا الخلاف إنما يرجع إلى اللفظ، والله أعلم وأحكم، وسيأتى الكلام على القسمين الباقيين إن شاء الله تعالى.

١٢٩٢ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى بَكْرٍ أَنَّ جَدَّهُ مُحَمَّدَ بْنَ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ بَاعَ ثَمَرَ حَائِطٍ لَهُ يُقَالُ لَهُ الأَفْرَقُ بِأَرْبَعَةِ آلافِ دِرْهَمٍ، وَاسْتَثْنَى مِنْهُ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ تَمْرًا.

الشرح: قوله: «**استثنى منه**»، يريد من ثمره.

وقوله: «**بثمانمائة درهم**»، لا يخلو أن يكون استثنى منه جزءًا شائعًا على مثل هذا الغرر، أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره، فإن كان استثنى منه جزءًا شائعًا، فذلك ما قدمناه؛ لأنه استثنى منه الثلث الخمس.

١٢٩٢ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٦٢/٨. الأثر ١٥١٥١. الأم ٦٠/٣. ابن أبى شيبة فى المصنف ٣٣١/٦. معرفة السنن والآثار ١١٢٠٧/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٧٣.

وإن كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر، فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث، فأقل من الثمرة، ولا ينظر إلى الثمر؛ لأنه لو تقدر هذا بالتمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر، وذلك غير جائز على ما سنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٢٩٣ - مَالِك، عَنْ أَبِي الرِّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَارِثَةَ أَنَّ أُمَّهُ عَمْرَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ كَانَتْ تَبِيعُ ثِمَارَهَا وَتَسْتَثْنِي مِنْهَا.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا بَاعَ ثَمَرَ حَائِطِهِ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنْ ثَمَرِ حَائِطِهِ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثُلُثِ الثَّمَرِ لا يُجَاوِزُ ذَلِكَ، وَمَا كَانَ دُونَ الثُّلُثِ، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ(١).

١٢٩٣ - أخرجه في الأم ٣/٦٠. معرفة السنن والآثار ١١٢٠٨/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٧٤.

(١) هذا هو رأى مالك وأهل المدينة فى هذه المسألة، أما فقهاء الأمصار الذين دارت عليهم الفتيا، وألفت الكتب على مذاهبهم، فكلهم يقول: إنه لا يجوز أن يبيع أحد ثمر حائطه، ويستثنى منه كيلا معلوما قل، أو كثر، بلغ الثلث، أو لم يبلغ، فالبيع ذلك باطل إن وقع، ولو كان المستثنى مدا واحدًا، لأن ما بعد ذلك المد، ونحوه مجهول إلا مالك بن أنس، فإنه أجاز ذلك إذا كان ما استثنى منه معلوما، وكان الثلث فما دونه فى مقداره، ومبلغه.

وروى ابن وهب، عن ابن لهيعة، عن محمد بن عبد الرحمن أن ابن عمر كان يستثنى على بيعه إذا باع التمر فى رؤوس النخل بالذهب أن لى منه كذا بحساب كذا. قال: وأهل المدينة اليوم على هذا البيع. وقال عبد العزيز بن أبى سلمة: لا أرى بأسًا أن يستثنى الثلث، فما دونه، قال: وأنا أحب أدنى من الثلث، ولا أرى بالثلث بأسا إذا بلغ. وذكر أبو بكر بن أبى شيبة، قال: حدثنى ابن علية، وابن أبى زائدة، عن ابن عوف، عن القاسم، قال: لولا أن عبد الله بن عمر كره الثنيا، وكان عندنا مرضيا ما رأينا بذلك بأسا.

واحتج أصحابنا لمذهب أهل المدينة فى هذه المسألة بأن قالوا: ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن الثنيا، فإنما ذلك فى استثناء الكثير من الكثير، أو استثناء الكثير مما هو أقل منه، وأما القليل من الكثير، فلا، وجعلوا الثلث فما دونه قليلا. قالوا: وبيع ما على المستثنى كبيع الصبرة التى لا يعلم مبلغ كيلها. قالوا: واستثناء القليل من الكثير هو المعروف من لسان العرب، وبه ورد القرآن، وأما استثناء الكثير، فلا. فهذا عندهم معنى نهى النبى ﷺ عن الثنيا. واستغنوا بما ذكره مالك، عن علماء المدينة فى هذا الباب من الاستثناء، وبما رواه حماد بن سلمة: عن هشام بن حسان، وعثمان البتى: أن ابن سيرين كان لا يرى بأسا أن يبيع الرجل ثمر حائطه، ويستثنى كراء أو كراءين. انتهى باختصار. وانظر هذه المسألة فى الاستذكار لابن عبد البر ١٩/١٣٣، وما بعدها.

الشرح: وهذا كما قال أن مذهب أهل المدينة على ما ذكره، أن من باع ثمرة حائطه جزافًا، فإن له أن يستثنى منه كيلا ما بينه وبين الثلث خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: لا يجوز أن يستثنى منه قليلاً ولا كثيرًا.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن هذا استثناء لا يدخل غررًا فى المبيع، فلم يمنع صحة العقد. أصل ذلك إذا استثنى جزءًا شائعًا.

مسألة: وله أن يستثنى ذلك بسرًا أو رطبًا أو تمرًا، قاله أصبغ.

ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع، فما يفسده بقاؤه على ملك البائع لا يفسد للجهل بماله. أصل ذلك سائر أملاكه.

مسألة: وهذا إذا كان الحائط نوعًا واحدًا، فإن كان أنواعًا كثيرة، فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه، جاز ذلك.

وإن استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه، إلا أنه أقل من ثلث الجملة؟ روى فى العتبية أشهب، عن مالك: له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة، ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب، ورواه ابن المواز، عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن الاعتبار بثلث الحائط فى الاستثناء؛ لأن الغرر إنما يبقى فى الكيل دون القيمة، ولا يبقى هذا أكثر من أنه استثناء من أفضل أنواع الحائط، وتلك صفة رضيها المبتاع لا تدخل غررًا فى الكيل والقدر، فوجب أن يصح.

ووجه الرواية الثانية أن الغرض قد يكون فى نوع منه، ويشترى الجملة لأجله، وإذا استثنى منه كيلاً أكثر من ثلثه أدخل غررًا فى المقصود من البيع، وربما استثنى منه ما يقصر عنه جميعه.

مسألة: ولو باع منه صبرة طعام جزافًا، لكان حكمها فى جواز استثناء ثلثها بالكيل، ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة. وحكى القاضى أبو محمد، عن ابن الماجشون: أنه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة، قليلاً ولا كثيرًا، كيلاً ولا جزءًا مشاعًا.

قال: ورواه عن مالك، واحتج بذلك أن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة لما يريد البائع أن يزيل عن نفسه مشقة الكيل والوزن، فإذا استثنى منه جزءًا، فلابد له من الكيل، فلا يقصد إلا المخاطرة فى قدر المبيع، والفرق بين الصبرة والثمرة، أن الثمرة لا يتأتى فيها الكيل، والصبرة يتأتى فيها الكيل.

وهذا عندى يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول فـي استثناء المبتـاع بعـض الثمرة المأبورة مع الأصل، وبعض الثمرة التابعة للـدار المكتراة، فهـذا علـى تسـليم هـذه العلة زاد على منعها.

وقوله: «**أن الجزاف فى البيع أصل فى نفسه**»، لما قدمنـاه مـن تـأتى الحـزر فيـه، فـلا يلزم ما قاله عبد الملك.

فصل: وقوله: «**ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك**»، يريـد أن استثناء مـا زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر، فلا يجوز ذلك، فإن وقع ذلك، ففـى المدنيـة عن عيسى: يفسخ البيع، فإن كان المبتاع قـد جدهـا، وقـد قبـض البـائع مـا استثناه رد المبتاع كيل التمر الذى أخذ إن عرف كيله، وإن لم يعرف كيله، فقيمتـه خـرص ذلـك؛ لأن هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل.

قال مالك: فَأَمَّا الرَّجُلُ يَبِيعُ ثَمَرَ حَائِطِهِ وَيَسْتَثْنِى مِـنْ ثَمَـرِ حَائِطِـهِ ثَمَـرَ نَخْلَـةٍ أَوْ نَخَلاتٍ يَخْتَارُهَا، وَيُسَمِّى عَدَدَهَـا، فَـلا أَرَى بِذَلِـكَ بَأْسًـا؛ لأَنَّ رَبَّ الْحَـائِطِ إِنَّمَـا اسْتَثْنَى شَيْئًا مِنْ ثَمَرِ حَائِطِ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ شَىْءٌ احْتَبَسَهُ مِنْ حَائِطِهِ، وَأَمْسَكَهُ لَمْ يَبِعْهُ، وَبَاعَ مِنْ حَائِطِهِ مَا سِوَى ذَلِكَ[(١)].

الشرح: استثناء الرجل من حائطه فى البيع عـدد نخلات يكـون علـى ثلاثـة أوجـه، أحدها: أن يعينها، وذلك لا خلاف فى جـوازه؛ لأنـه أوقـع البيـع علـى سـائرها، وهـو معين، والثانى: أن يطلق القول، فيقول: أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمـس، فهذا البيع جائز؛ لأن له وجهًا فى الصحة ومخرجًا يتوجه إليه.

وذلك أن يكون شريكًا بما استثناه من العدد فى عدد جميع الحائط، فإن كـان استثنى خمسة، والحائط خمسون، كان له عشر الثمن مشاعًا، وإن كان الحائط أربعـين كـان لـه ثمن الثمر، وعلى هذا الحساب يكون شريكًا.

مسألة: وإن كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها، فإن كان استثنى الكثير، لم يجـز ذلك، وإن كان استثنى اليسير، جاز ذلك عند مالك، ومنع منه ابن القاسم.

وجه قول مالك ما احتج به من أن المستثنى ليس يمتنع، فلا يفسد بغرر ولا شـىء ممـا تفسد به البيوع، ومعنى ذلك عندى أن ما يجـوز فـى اختيـاره مـن أن يـأخذ شـجرة ثـم

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣٣/١٩.

يتركها، ويختار غيرها إنما يفسدها ما انتقل إلى المختار على غير وجه البيع، أو كان باقيًا على الملك، فإن ذلك لا يؤثر فيه.

ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز للبائع استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة، ثم يتركها ويأخذ غيرها، فيدخله التفاضل في المطعوم، ومثل هذا يجوز على البائع في اختياره، فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المبتاع.

مسألة: وإن كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كثير منه، لم يجز، وإن اشترط اختيار يسير منه، جاز.

وجه ذلك أنه إذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة، فدخل كثير الغرر فيما بقي منها أو الجهل بصفتها، وتفاوت التغرير فيها، فعاد ذلك بفساد العقد، وإن اشترط اليسير منها بقي معظم الجملة، فقل الغرر فيها، وتفاوت أمرها، ويجوز من المبتاع الانتفاع على اختيار الكثير والقليل.

والفرق بينهما أن ما بقي للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع، فلا يؤثر فيه الجهل بصفة، ولا كثير الغرر، وما بقي للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع، ففسد البيع بكثرة الغرر وجهله بالصفة.

* * *

ما يكره من بيع التمر

١٢٩٤ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلا بِمِثْلٍ» فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ عَامِلَكَ عَلَى خَيْبَرَ يَأْخُذُ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ادْعُوهُ لِي» فَدُعِيَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتَأْخُذُ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ؟» فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لا يَبِيعُونَنِي الْجَنِيبَ بِالْجَمْعِ صَاعًا بِصَاعٍ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بِعِ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا[(١)]».

١٢٩٤ - أخرجه البخاري كتاب البيوع باب ٨٩ إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه ٣/١٦٠، عن أبي هريرة. مسلم كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل حديث رقم ٩٥، ٣/١٢١٥، عن أبي هريرة. البيهقي في معرفة السنن والآثار ٨/١١١٠٦.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٨/٣٨: هكذا رواه في الموطأ مرسلا، ومعناه عند مالك متصل من حديثه، عن عبد المجيد بن سهيل، عن سعيد بن المسيب، عن أبي سعيد الخدري، وأبي=

١٢٩٥ - مَالِك، عَنْ ابن عَبْدِ الحميد بْنِ سُهَيْلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ رَجُلا عَلَى خَيْبَرَ، فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلُّ تَمْرِ

=هريرة جميعا، عن النبي ﷺ. والحديث ثابت محفوظ عن النبي ﷺ من حديث أبي هريرة، وأبي سعيد، ومن حديث بلال أيضا وغيرهم، وقد رواه داود بن قيس، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي ﷺ.

وفيه من الفقه، أن التمر كله جنس واحد، رديئه وطيبه، ورفيعه ووضيعه، لا يجوز التفاضل في شيء منه. ويدخل في معنى التمر بالتمر كل ما كان في معناه، وكذلك التفاضل لا يجوز في الجنس الواحد من المأكولات والمدخرات، وهذا ومثله أصل في الربا، وقد ذكرنا أصول الفقهاء في ذلك فيما تقدم من كتابنا هذا، فأغنى عن الإعادة هاهنا.

فالجنس الواحد من المأكولات، يدخله الربا من وجهين، لا يجوز بعضه ببعض متفاضلاً، ولا بعضه ببعض نسيئة، هذا إذا كان مأكولا مدخرا عند مالك وأصحابه. وعند الشافعي سواء كان المأكول مدخرًا أو لا يدخر مثله، القول فيه ما ذكرنا. فأما النسيئة في بعض ذلك ببعض، فمجتمع على تحريمه، والتمر والبر دخل في معناهما كل ما يؤكل مما كان مثلهما، وقد لخصنا هذا في غير هذا الموضع. وسيأتي ذكر أصول الفقهاء فيما يدخله الربا مجودا في باب ابن شهاب، عن مالك بن أوس بن الحدثان. إن شاء الله.

وفيه أن من لم يعلم بتحريم الشيء، فلا حرج عليه حتى يعلم إذا كان الشيء مما يعذر الأنسان بجهله من علم الخاصة. قال عز وجل: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾.

والبيع إذا وقع محرما، أو على ما لا يجوز، فمفسوخ مردود وإن جهله فاعله.

قال ﷺ: «من عمل عملا على غير أمرنا فهو رد». أي مردود، فإن أدرك المبيع بعينه رد، وإن فات رد مثله في المكيل والموزون، ويفسخ البيع بين المتبايعين فيه، وإن لم يكن مكيلا ولا موزونا، فالقيمة فيه عند مالك أعدل، وعند الشافعي، وأبي حنيفة المثل أيضًا في كل شيء، إلا أن يعدم، فينصرف فيه إلى القيمة.

وفي اتفاق الفقهاء على أن البيع إذا وقع بالربا مفسوخ أبدا، دليل واضح على أن بيع عامل رسول الله ﷺ الصاعين بالصاع في هذا الحديث، كان قبل نزول آية الربا، وقبل أن يتقدم إليهم رسول الله ﷺ بالنهي عن التفاضل في ذلك، ولهذا سأله عن فعله ليعلمه بما أحدث إليه فيه من حكمه، ولذلك لم يأمر بفسخ ما لم تتقدم العبارة فيه، والله أعلم.

١٢٩٥ - أخرجه البخاري في البيوع ٢١٦٤، ٢٢٠٢، المغازي ٤٢٤٧، والاعتصام بالكتاب والسنة ٧٣٥١. مسلم في المساقاة ١٥٨٨، ١٥٩٣. النسائي في البيوع ٤٥٥١، ٤٥٥٢، ٤٥٥٣، ٤٥٥٤، ٤٥٥٥. أحمد في باقي مسند المكثرين ١١٠٢٠، ١١١٦١، ١١١٨٩، ١١٢٤٦. الدارمي في البيوع ٢٥٧٧.

خَيْبَرَ هَكَذَا؟» فَقَالَ: لا وَاللَّهِ، يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلاثَةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لا تَفْعَلْ ذلك، بِعِ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا».

الشرح: وهكذا قال يحيى: ابن عبد الحميد، والرواة يقولون: عبد الحميد[1].

وقوله ﷺ: **«التمر بالتمر مثلاً بمثل»**، يريد ﷺ أن هذا حكم بيع بعضه ببعض، وإذا اختص هذا الحكم به، لم يكن له حكم مباح غيره يحرم التفاضل، فلا خلاف في ذلك في الأربع المسميات البر والشعير والتمر والملح.

وقد ذكرت كلها في حديث أخرجه مسلم من حديث أبي زرعة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يدًا بيد، فمن زاد أو ازداد، فقد أربى، إلا ما اختلفت أوزانه»[1].

وأخرجه من حديث عبادة بن الصامت، فذكر الأربعة المذكورة، وذكر معها، الذهب والفضة.

---

(١) قال السيوطي في تنوير الحوالك ٢/٥٣: عن عبد الحميد بن سهيل كذا ليحيى وطائفة، وقال جمهور الرواة: عبد المجيد، وهو الصواب.

وأورده ابن عبد البر في التمهيد ٨/٤٤: «عبد المجيد» وقال: ذكر أبي هريرة في هذا الحديث لا يوجد من غير رواية عبد المجيد بن سهيل هذا، وإنما يحفظ هذا الحديث لأبي سعيد الخدري، كذلك رواه قتادة، عن سعيد ابن المسيب، عن أبي سعيد الخدري، من رواية حفاظ أصحاب قتادة: هشام الدستوائي، وابن أبي عروبة، وكذلك رواه يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، وعقبة بن عبد الغافر، عن أبي سعيد الخدري، وكذلك رواه محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي سعيد الخدري، وروى الدراوردي، عن عبد المجيد بن سهيل، في هذا الحديث إسنادين، أحدهما، عن سعيد بن المسيب، عن أبي سعيد، وأبي هريرة، كما روى مالك وغيره، والآخر عن عبد المجيد بن سهيل، عن أبي صالح السمان، عن أبي هريرة وأبي سعيد، عن النبي ﷺ مثله سواء. ولا نعرفه بهذا الإسناد هكذا إلا من حديث الدراوردي، وكل من روى حديث عبد المجيد ابن سهيل هذا عنه بإسناده، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، وأبي سعيد، عن النبي ﷺ ذكره في آخره، وكذلك الميزان، إلا مالك، فإنه يذكره في حديثه هذا وهو أمر مجتمع عليه لا خلاف بين أهل العلم فيه.

(١) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٨٨، وفيه: «إلا ما اختلفت ألوانه»، و أخرجه مثله النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٥٥٩.

وهذا الحديث، وإن كان فى إسناده بعض المقال، فهذا المقدار منه قد تلقته الأمة بالقبول، فوجب الحكم بصحته، وذهب فقهاء الأمصار وجماعة الناس إلى أن هذه المسميات أصول فى تحريم التفاضل لفروع لاحقة بها على اختلافهم فى أعيان تلك الفروع؛ لاختلاف المعانى المتعدية إليها.

وذهب أهل الظاهر إلى أن تحريم التفاضل مقصور عليها دون سائر المطعومات.

والدليل على تحريم التفاضل فى الأربعة قوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والربا الزيادة، فوجب أن يكون التفاضل حرامًا فى كل شىء لحق العموم إلا ما خصه الدليل.

فصل: إذا ثبت ذلك، فاختلف الناس فى علة تحريم التفاضل فى الأربع المسميات، فروى مالك، عن سعيد بن المسيب: أن العلة عنده الكيل أو الوزن فيما يؤكل أو يشرب. وقال أبو حنيفة: العلة فى ذلك جنس مكيل أو موزون. وقال الشافعى: علة ذلك أنه مطعوم جنس.

فاختلفت عبارات أصحابنا فى ذلك، فاختار القاضى أبو إسحاق: أنه مقتات جنس، ومذهب مالك فى الموطأ أن العلة الاقتيات والادخار للأكل غالبًا، وإليه ذهب ابن نافع، وإن خالفه فى معنى الادخار للأكل على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

قال مالك: فلا تجوز الفواكه التى تيبس وتدخر، إلا مثلاً بمثل، يدًا بيد، إذا كانت من صنف واحد، وجىء على ما روى عن مالك أيضًا أن العلة الادخار للاقتيات، فلا يجرى الربا فى الفواكه التى تيبس؛ لأنها ليست بمقتاتة، ولا يجرى الربا فى البيض؛ لأنها وإن كانت مقتاتة، فليست بمدخرة.

قال القاضى أبو الوليد: وهذا القول عندى أجرى على المذهب، وعلى ما يتعلق به أصحابنا من الحديث، فالخلاف بيننا وبين أبى حنيفة فى فصلين، أحدهما: إننا نراعى الاقتيات، وهو لا يراعيه، بل يعدى ذلك إلى كل موزون. والفصل الثانى: أننا نعدى العلة إلى قليل المقتات الذى لا يتأتى فيه الكيل، وهو لا يعديها إليه، ويجوز فيه التفاضل.

والخلاف بيننا وبين الشافعى فى فصل واحد، وهو أنه يعدى العلة إلى كل مطعوم من السقمونيا وشحم الحنظل والأدوية وغيرها، ونحن نقصرها على ما يقتات من المطعوم.

ولنا فى الدلالة على ما قلناه طريقان، أحدهما: أن ندل على صحة ما ذهبنا إليه. والثانى: أن ندل على فساد ما ذهبوا إليه.

والدليل لنا على صحة ما ذهبنا إليه أن النبى ﷺ نص على التماثل فى الأربع المسميات على ما تقدم فى الحديث، فلنا فيه دليلان، أحدهما: أنه ﷺ لما نص على أربعة أشياء مختلفة الأسماء والجنس، علمنا أنه قصد إلى ذكر أنواع الجنس الذى يجرى فيه الربا، ولم يذكر الخربز والبطيخ؛ ليدل به على الفواكه الرطبة، ولا ذكر السقمونيا، ولا الطباشير، ولا الأسارون؛ لينبه به على الأدوية، ولا ذكر الجير، ولا الرماد؛ لينبه به على المكيل والموزون.

فكان الظاهر من ذلك أنها ليست من أنواع الجنس، فإن الجنس لا يخرج عن حكم الأربع المسميات التى نص عليها.

ووجه ثان، وهو أنه لا خلاف أنه قصد ذكر هذه الأربع المسميات إلى التنبيه على علة الربا فيها، فأتى بألفاظ مختلفة الجنس والمعنى، وهذا يقتضى أن العلة أخص صفة توجد فيها.

ووجدنا التمر يؤكل قوتًا، ويؤكل حلاوة، وتفكهًا، فلولا اقتران الحنطة والشعير به، للحقت به الحلاوات، والفواكه خاصة، ووجدنا الشعير يؤكل من أدنى الأقوات، ويكون علفًا، فلولا اقتران الحنطة والتمر به؛ لجاز أن يلحق به أدنى الأقوات خاصة دون أعلاها، ولجاز أن يلحق به العلف من القضب والقرط.

ووجدنا الملح مما يصلح الأقوات ويطيبها، فلولا اقتران القمح والشعير به؛ لجاز أن يلحق به الأقوات المصلحة، ولجاز أن يلحق به الماء، والبقول التى يصلح بها الطبخ.

ووجدنا البر أرفع الأقوات، وما يقتات عامًا، فلولا اقتران التمر والشعير به؛ لقصرنا حكمه على رفيع الأقوات، ومنعنا الربا أن يجرى فى أدونها أو يجرى فى الأرز وغيره مما لا يعلم اقتياته، ولو أراد عموم العلة لاكتفى باسم واحد منها؛ لأنه لا خلاف أن كلما كثرت أوصاف العلة كانت أخص، وكلما قلت كانت أعم.

وأما الدليل على إبطال ما قالوه أن كل جنس ثبت فيه الربا لعلة، فإن اختلاف الصفات عليه مع بقاء عينه لا يغير حكمه، ولا يخرجه عن علته كالذهب والفضة.

وبيان ذلك أن الدنانير والدراهم لما ثبت الربا فيها بعلة الوزن عندهم، وبعلة أنها

أصول الأثمان، وقيم المتلفات عندنا، لم يزل حكم الربا عنها على أى وجه كانا من نقار، أو تبر، أو سكة، أو صياغة جرت، موزونة أو عددًا، ثم نظرنا فى الحنطة إذا طحنت وخبزت، فإنها لا تخلو من أحد أمرين إما أن يكون الربا ثابتًا فيها أو غير ثابت.

فإن كان ثابتًا حصل أن اختلاف الصفات عليها أخرجها عن علتها فى الربا، وأوجب أن يعلل الربا فيها بعلة أخرى، وذلك مؤذن ببطلان العلة الأخرى، وإن كان غير ثابت، وجب أن يكون اختلاف الصفات على الجنس الذى ثبت فيه الربا، يسقط الربا عنه، وذلك باطل باتفاق.

فصل: وأما الدليل على الفصل الثانى، وهو أن الربا يجرى فى قليل الحنطة، فهو ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «التمر بالتمر مثلاً بمثل، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل»(*)، وهذا عام.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل جنس حرم التفاضل فى كثيره، فإنه يحرم فى قليله كالذهب والفضة، ومما يختص بالشافعى أن علة الربا فى التفاضل لما تعلقت بالجواهر المعدنية تعلقت بأرفعها، وهو الذهب والفضة، دون أدونها، وهو الرصاص والآنك والنحاس، وإذا تعلقت بالمطعوم، وجب أن تتعلق بأرفعه، وهو المقتات دون غيره.

مسألة: إذا ثبت أن العلة الاقتيات، فإن الحكم يقصر على كل مأكول مقتات دون ما يؤكل على وجه التفكه أو التداوى، فجرى الربا فى الحنطة، والشعير، والسلت، والعلس، والأرز، والدخن، والذرة، والقطنية، والتمر، والزبيب، والعسل، والسكر، والزيت على اختلاف أنواعه، واللحم واللبن وما يكون منه، والملح والإبزار، والفلفل، والكروياء، وحب الكزبر، والقرفة، والسنبل، والخردل، والقرطم.

وفى كتاب محمد، عن ابن القاسم وودك الرءوس، وغير ذلك مما يقتات على اختلاف عادات البلاد فى ذلك واتفاقها.

مسألة: واختلف أصحابنا فى الشمر، والأنيسون، والكمونين، فقال ابن القاسم: هى مما يجرى فيها الربا؛ لأنها من الأقوات. وقال أصبغ: لا يجرى فيها الربا؛ لأنها أكثر ما يستعمل على وجه التداوى، وبه قال ابن المواز.

(*) انظر: تخريج الحديث السابق.

وجه ما قاله ابن القاسم أن الشمار والأنيسون، والكمون الأسود، يستعمل فى الخبز على معنى تطييبه، وتحسين طعمه، والكمون الأبيض يستعمل فى الطبخ كالفلفل.

ووجه قول أصبغ أن الخبز لا يستعمل فيه صناعة الإبزار غالبًا، ولا يدخل فيه، فلا تأثير لها فى إصلاح القوت على الوجه المعتاد.

فصل: وأما من جعل من أصحابنا وصف العلة الادخار للأكل دون الاقتيات، فإنه يحرم الربا فى الجوز، واللوز، والبندق، والصنوبر، والفستق، وأنواع الفواكه كلها تدخر، وبه قال ابن نافع وابن حبيب.

واختلفوا فى الفواكه التى يقل ادخارها كالخوخ والرمان والأجاص، وعيون البقر، والموز مما يدخر وييبس، ففى المدنية من رواية يحيى، عن ابن نافع أنه لا يجوز التفاضل فيها؛ لأنه يدخر وييبس.

وقال مالك فى الموطأ: إنه يجوز التفاضل فى الرمان. زاد عيسى، عن ابن القاسم فى المدنية: والخوخ والأجاص وعيون البقر؛ لأنه لا ييبس، وإن يبس لم يكن فاكهة. واتفق مالك وابن نافع على أن البطيخ والخربز والقثاء والأترج والخوخ، يجوز فيه التفاضل.

فوجه قول مالك ما احتج به من أن هذه التى نص عليها، لا تيبس ولا تدخر غالبًا، ومنها ما لا ييبس بوجه كالموز.

وأما الرمان، فإن يبس، خرج عن حكم الفاكهة وغيرها مما ييبس كالخوخ والأجاص والكمثرى، فإنه لا ييبس غالبًا، ولا تعلل الأحكام بما يندر، وهذا على ما أشار إليه ابن القاسم.

وأما على ما نص عليه مالك من الرمان، فإنه على ما قال: ما ييبس منه لا يكون فاكهة، فحكمه فى الفاكهة حكم ما لا ييبس بوجه كالبطيخ والقثاء.

ووجه قول ابن نافع أن هذا مما لا يدخر للأكل، ويبقى بأيدى الناس على حاله المدة من العام، فجرى فيه الربا كالجوز.

وأما قوله: مما يدخر، فسائغ فى جميع ما نص عليه. وأما قوله: وييبس، فإنه راجع إلى غير الجوز، ويحتمل أن يرجع إلى الرمان بمعنى أنه ييبس قشره إلا على الحافظ لرطوبة الحب، والله أعلم.

ويجب أن يلحق بهذه المسألة المختلف فيها البرقوق والجراسيا، فإنهما يربيان على وجه ما يربب عليه الخوخ والكمثرى والتفاح، والله أعلم.

ومن جعل العلة الاقتيات، لم يجز الربا إلا فى كل مقتات مدخر. وأما ما يكون مدخرًا غير مقتات كالجوز واللوز أو مقتاتًا غير مدخر كالبيض، فلا يجرى فى شىء من ذلك الربا وعلى المذاهب الثلاثة، فلا يجرى الربا فى الفواكه الرطبة من التفاح والرمان والكمثرى وعيون البقر والخوخ، وإن كان بعضها يدخر، فليس ذلك بمعتاد فيها.

فصل: وقوله فى الحديث: «**فقيل له: إن عاملك على خيبر يأخذ الصاع بالصاعين**»، ظاهره أن تحريم التفاضل فى ذلك لم يكن بعد فاشيًا، ولعله أن يكون ذلك بقرب حدوث هذا الحكم.

ولذلك لم يعلم به عامله، ولا علم به من علم استجازة عامله للتفاضل فيه، ولم ينكره، ولا أنهاه إلى النبى ﷺ ولا شك أنه لا يقدم على خيبر عاملاً إلا من يفقه، ويعلم صلاح حاله.

ولذلك لم ينكره أصحابه على العامل حين علموا عمله به حتى سمعوا من النبى ﷺ فأخبروه أن العامل بخيبر يعمل به، ولعل ذلك الوقت كان وقت ثبوت هذا الحكم.

فصل: وقوله ﷺ: «**ادعوه لى**» ظاهره والله أعلم؛ ليعلم منه ما تقدم من فعله فى هذا الحكم، وليمنعه من محظوره فى المستقبل، فلما سأله عنه وأخبره أنه كان من فعله، وأن الداعى له إلى ذلك تفاضل التمر، وأنه لا يجد من يعطيه الجيد بالردىء متماثلاً، نهاه عن فعله فى المستقبل، وبين له الطريق إلى تحصيل غرضه من أخذ الجيد، والخروج عن الردىء، بأن يبيع الجمع بالدراهم، ويبتاع بها الجنيب، ﴿**ومن يتق الله يجعل له مخرجًا**﴾ [الطلاق: ٢].

ولم يرد من طريق صحيح فى هذا الحديث بعينه أن رسول الله ﷺ أمر العامل برد بيعه، وإن كان روى أمره بذلك فى بعض الأحاديث من حديث بلال من رواية مسروق عنه، قال: كان عندى تمر لرسول الله ﷺ، فوجدت تمرًا أخير منه، فاشتريت صاعًا بصاعين، فأتيت به رسول الله ﷺ، فقال: «ما هذا؟»، فقلت له: اشتريته صاعًا بصاعين، فقال: «رده، ورد علينا تمرنا»(*).

وقد أخرج البخارى هذا الحديث من غير طريق صحيح، وليس فيه هذه الزيادة:

(*) أخرجه بنحوه مسلم حديث رقم ١٥٩٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٥٥. أحمد فى المسند حديث رقم ١٠٦٩١.

«رده، ورد علينا تمرنا»(*)، فإن كان لم يؤمر هذا برد بيعه، فيحتمل أن يكون لم يؤمر به؛ لأنه كان بيعه قبل التحريم للسامع من يستحله، ويرى استدامته من أهل الكتاب.

ألا ترى أنه لو تعامل بذلك كتابيان، ثم أسلم أحدهما بعد أن تقابضا، فإنه لا يرد شيء منه، ولذلك لم يرد شيئًا من بياعات من أسلم من المشركين، ولا رجع النساء عليهم بمهورهن، وإن كان منها ما لا يصح أن يكون مهرًا.

مسألة: وإن أسلم أحدهما بعد قبض أحد العوضين، وقبل قبض الثانى، فكان الذى أسلم من له الفضل لم يأخذ له إلا مثل ما أعطى، ولا يجوز له أن يأخذ الربا.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فائذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون**﴾ [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

ودليلنا من جهة السنة ما روى عن النبى ﷺ أنه وضع ربا العباس بن عبد المطلب.

مسألة: فإن أسلم الذى عليه الحق، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أنه قال: إن لم أوجب عليه إلا ما أخذ، أخاف أن أظلم الذمى. والثانية: أنه قضى عليه بالربا، مثل أن يكون عليه ديناران، سلم إلية فيهما دينار، فإنه يقضى على المطلوب بالدينارين. وقال ابن القاسم: من أسلم منهما وجب إسقاط الربا، وتراجعا غيره.

وجه ما قاله مالك أن تعاملهما حين العقد لم يمنعه الإسلام، والذى له الحق مستديم استباحته؛ لأن الاعتبار بوقت العقد، لا بوقت الأداء. وما قاله ابن القاسم مبنى على أن يراعى وقت التعامل ووقت الأداء، فهو فى وقت الأداء حكم بين مسلم وكافر، فيجب أن يغلب فيه حكم الإسلام.

فصل: وإن ثبت حديث بلال أنه أمره بالرد، فيحتمل أن يكون فعل ذلك بعد ثبوت حكم التحريم، وهكذا يجب أن يكون حكم ما وقع منه اليوم بين المسلمين، سواء وقع ممن علم بتحريمه من المتبايعين أو أحدهما أو جهلاه جميعًا.

فصل: وقوله: «**فجاءه بتمر جنيب**»، روى ابن حبيب عن عبد الملك: الجنيب، الكبيس. وقال أبو الطاهر المصرى: الجنيب، الذى ليس فيه خلط، والجمع المختلط. وقال كراع فى المنظم: الجنيب من التمر، هو المتين.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم كتاب الوكالة حديث رقم ٢٣١٢.

١٢٩٦ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يَزِيدَ، أَنَّ زَيْدًا أَبَا عَيَّاشٍ[1] أَخْبَرَهُ أَنَّهُ سَأَلَ سَعْدَ بْنَ أَبِى وَقَّاصٍ عَنِ الْبَيْضَاءِ بِالسُّلْتِ، فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ: أَيَّتُهُمَا أَفْضَلُ؟ فَقَالَ: الْبَيْضَاءُ، فَنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ، وَقَالَ سَعْدٌ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُسْأَلُ عَنِ اشْتِرَاءِ التَّمْرِ بِالرُّطَبِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟» فَقَالُوا: نَعَمْ فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: «البيضاء» هى المحمولة، وهى نوع من الحنطة يكون بمصر، والسمراء نوع آخر يكون بالشام، وهى أفضل جودة من المحمولة، فسؤال سعد أيتهما أفضل فى السلت بالحمولة، لا يخلو أن يريد به أفضل فى الصفة أو القدر.

وفى المدنية: سألته عن كراهية سعد البيضاء بالسلت، هل عليه العمل؟ فقال: مضت السنة أن لا بأس بذلك يدًا بيد، ومثلاً بمثل، فإن كان المسئول قد جاوب عما سئل عنه خاصة، فقد حمل ذلك على التفاضل في الصفة. والأظهر عندى أنه يريد، والله أعلم، أفضل فى القدر، يعنى بذلك أكثر كيلاً.

وفى هذا أمران، أحدهما: أنه لا يخفى على سعد ولا غيره أن الحنطة أفضل عينًا من السلت. والثانى: أنه استدل على ما نهاه عنه بنهى النبى ﷺ عن الرطب بالتمر لأجل التفاضل، ولو منعه من ذلك لجودة العين لما صح استدلاله بذلك.

ونهى سعد عن التفاضل فى السلت بالبيضاء، يقتضى أنهما عنده جنس واحد،

١٢٩٦ - أخرجه ابن ماجه فى التجارات ٢٢٦٤. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٥١٨، ١٥٤٧. النسائى فى البيوع باب ٣٦ جـ٧/٢٦٩، عن سعد كتاب البيوع باب اشتراء التمر بالرطب. الترمذى برقم ٢٢٥، عن سعد كتاب البيوع باب النهى عن بيع المحاقلة. أبو داود فى البيوع باب ١٨ برقم ٣٣٥٩ جـ٣/٢٤٨، عن سعد. البيهقى فى السنن ٥/٢٩٤، عن سعد. الحاكم فى المستدرك ٢/٣٨، عن سعد. البغوى بشرح السنة ٨/٧٨، عن سعد. الدارقطنى ٣/٤٩، عن سعد.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٤٧: زيد أبو عياش زعم بعض الفقهاء أنه مجهول لا يعرف ولم يأت له ذكر إلا فى هذا الحديث، وأنه لم يرو عنه إلا عبد الله بن يزيد هذا الحديث فقط. قد روى عنه أيضا عمران بن أبى أنس، فقال فيه مولى أبى مخزوم، وقيل عن مالك: إنه مولى سعد بن أبى وقاص، وقيل: إنه زرقى، ولا يصح شىء من ذلك، والله أعلم. وقد روى هذا الحديث إسماعيل بن أمية، عن عبد الله بن يزيد، عن أبى عياش، عن سعد، ولم يسم أبا عياش يزيد ولا غيره.

ولذلك أخذ حكمهما من منع التفاضل فى الرطب بالتمر، وهذا مذهب مالك أن السلت والحنطة والشعير جنس واحد فى الزكاة، وفى منع التفاضل، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

وأخذ سعد حكم السلت بالبيضاء من حكم النبى ﷺ فى الرطب بالتمر، دليل على قوله بالقياس، وعلى هذا جماعة أصحابه، فلا أعلم أحدًا منهم يحفظ عنه قصة أو دعوى أو قضية إلا وجميعها أو معظمها القياس.

فصل: وقوله ﷺ، وقد سئل عن الرطب: «أينقص إذا يبس»، تعليم للقياس وتنبيه عليه؛ لأنه لا يخفى على أحد أن الرطب ينقص إذا يبس، ولكنه ﷺ أراد أن ينبههم بذلك على علة التحريم، وهو التفاضل فى هذا الجنس بعضه ببعض، وإن رطبه.

وإن كان فيه غرض لا يكون فى يابسه، فإنه لا يخرج بذلك عن جنسه، ولا يجوز التفاضل بينهما لما ينفرد به أحدهما من الاسم أو بعض الأغراض، إذا اتفقا فى معظمها، ورأيت فى بعض الروايات عن أبى مصعب، فقال رسول الله ﷺ لمن حوله: «أينقص الرطب إذا جف».

وذلك يقتضى أنه أراد تعليم جميعهم، وتقريرهم على أن علة المنع موجودة مسلمة باتفاق، ولما قالوا: نعم، نهى عن بيع الرطب بالتمر، فاقتضى ذلك منع التفاضل فيه، ولذلك اعتبر نقصانه واقتضاه بمنع التساوى فيه، ولذلك اعتبر النقصان بالجفوف أيضًا، وبهذا قال مالك والشافعى وجمهور الفقهاء.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الرطب بالتمر متساويًا. ودليلنا حديث سالم المتقدم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه»(*)، وقال: «لا تبيعوا التمر بالتمر».

وحديث عبد الله بن عمر الذى يأتى بعد هذا من الأصل، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة(*)، والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً، وهذا عام، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا جنس فيه الربا بيع منه مجهول بمعلوم، فلم يجز. أصله بيع الشيرج بالسمسم.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٢٨٣.

(*) انظر: تخريج الحديث الآتى بعد هذا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ما كان أصله الجنس الواحد، فصار على صنفين مختلفين يختلف بهما اسمه، والغرض منه، فلا يجوز بعضه ببعض متساويًا كالبلح الصغير بالكبير، والرطب بالتمر، لا يجوز شيء من ذلك بما خالف صنفه.

مسألة: فأما بيع الرطب بالرطب متساويًا، فرآه مالك وأبو حنيفة، ومنع منه عبد الملك بن الماجشون، وبه قال الشافعي.

والدليل على ما نقوله أن كل جنس يجوز التساوي بعضه بعض حال الجفوف، فإنه يجوز التساوي فيهما حال رطوبته كالجبن بالجبن، والزبد بالزبد، واللبن باللبن.

مسألة: فإن كان التمر قد أنصف، بأن يكون نصف التمر بسرًا، ونصف التمر قد أرطب، فهل يجوز بيع بعضها ببعض؟.

* * *

ما جاء في المزابنة والمحاقلة

١٢٩٧ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ، وَالْمُزَابَنَةُ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ كَيْلا، وَبَيْعُ الْكَرْمِ بِالزَّبِيبِ كَيْلا(١).

١٢٩٧ - أخرجه البخاري في البيوع ٢١٧١.. مسلم في البيوع ١٥٤٢. الترمذي في البيوع ١٣٠٠. النسائي في البيوع ٤٥٣٠، ٤٥٣١، ٤٥٣٢، ٤٥٤٧. أبو داود في البيوع ٣٣٦١. ابن ماجه في التجارات ٢٢٦٥. أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٦، ٤٤٩٣، ٤٦٣٣، ٥٢٨٢، ٦٠٠٠. ابن أبي شيبة ١٣٢/٧، عن ابن عمر. البيهقي في السنن ٣٠١/٥، عن ابن جابر. الطحاوي في معاني الآثار ٢٩/٤، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٦١/٨: هكذا روى يحيى، وجمهور رواة الموطأ هذا الحديث، عن مالك، إلا ابن بكير، فإنه قال فيه: عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ: نهى عن المزابنة، والمحاقلة. فزاد ذكر المحاقلة في هذا الحديث، بهذا الإسناد، ثم ذكر تفسير المزابنة وحدها، كما ذكر يحيى وغيره، إلا أنه قال: والمزابنة: بيع الرطب بالثمر كيلا. والمعنى واحد؛ لأن الثمر هو ما دام رطبا في رءوس الأشجار، فإذا يبس وجذ فهو تمر، وروى هذا الحديث أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن رسول الله ﷺ، أنه نهى عن المزابنة، ولم يذكر المحاقلة، وقال: المزابنة أن يبيع الرجل ثمرته بكيل، إن زاد فلي، وإن نقص فعلي. وهذا تفسير معنى المزابنة كله، وقد مضى تمهيده في باب داود. وروى عبدالله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر وعن بيع العنب بالزبيب كيلا، وعن بيع الزرع بالحنطة كيلا.

الشرح: قوله: «**نهى عن المزابنة**»، والمزابنة اسم لبيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم، ورطب كل جنس بيابسه، ومجهول منه بمعلوم، وذلك أن الرطب، وإن عرف كيله في نفسه، فلا يعلم قدره من التمر الذى يؤخذ عوضًا منه.

ولعله أن يكون مأخوذًا من الزبن، وهو الدفع عن البيع الشرعى، وعن معرفة التساوى. وقال ابن حبيب: الزبن والزبان، هو الخطر والخطار.

فصل: وقوله: «**والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً**»، يقتضى أن يكونا مكيلين؛ لأنه حال أحدهما، ويجوز أن يكون تفسيرًا من النبى ﷺ، ويصح أن يكون تفسيرًا من الراوى، إلا أن الأظهر أنه من قول النبى ﷺ لاتصاله بقوله، وإن كان من قول الراوى،

هكذا ذكره أبو داود، عن أبى بكر بن أبى شيبة، عن ابن أبى زائدة، عن عبيدالله ابن عمر، ورواه يحيى القطان، عن عبيدالله، قال: أخبرنى نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة.

والمزابنة: اشتراء التمر بالتمر كيلا، واشتراء الحنطة بالزرع كيلا. حدثنا عبدالوارث ابن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا بكر بن حماد: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى فذكره.

ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر فى هذه الأحاديث تفسيره، عن ابن عمر من قوله، أو مرفوعا، وأقل ذلك أن يكون من قوله وهو راوى الحديث. فيسلم له، فكيف ولا مخالف فى ذلك، وكذلك كل ما كان فى معنى ما جرى ذكره فى هذه الأحاديث من الجزاف بالكيل فى الجنس الواحد المطعوم، أو الرطب باليابس من جنسه، وكل ما لا يجوز فيه التفاضل لم يجز بيع بعضه ببعض جزافًا بكيل، ولا جزافًا بجزاف؛ لعدم المماثلة المأمور بها فى ذلك ولمواقعة القمار، وهو الزبن على ما تقدم شرحه فى باب داود بن الحصين، ألا ترى أن كل ما ورد الشرع أن لا يباع إلا مثلا بمثل، إذا بيع منه بمجهول بمجهول، أو معلوما بمجهول، أو رطب بيابس، فقد دخل فى ذلك التفاضل وجهل المماثلة، وما جهلت حقيقة المماثلة فيه لم يؤمن فيه التفاضل، فدخل فى ذلك الربا؛ لأن الحديث ورد فى مثل ذلك، إن من زاد أو ازداد فقد أربى، وفى ذلك قمار وخطر أيضا، وهذا كله تقتضيه معنى المزابنة، فإن وقع البيع فى شىء من المزابنة فسخ إن أدرك قبل القبض وبعده، فإن قبض وفات رجع صاحب الثمرة بمكيلة ثمره على صاحب الرطب، ورجع صاحب الرطب بقيمة رطبه على صاحب التمر يوم قبضه، بالغا ما بلغ، وما كان منه قبل قبضه فمصيبته من صاحبه.

وأما قوله: الثمر بالتمر فإن الرواية فيه للكلمة الأولى بالثاء المنقوطة بثلاث مع تحريك الميم، وهو ما فى رءوس النخل رطبا، فإذا جذ وييس قيل له تمرا بالتاء المنقوطة باثنتين مع تسكين الميم.

ويدخل فى هذا المعنى بيع الرطب باليابس من جنسه، وبيع الجزاف بالمكيل، وبيع ما جهل بمعلوم أو مجهول. فقف على هذه الأصول، وسيأتى تمهيد معنى الرطب بالتمر وما للعلماء فى ذلك من المذاهب، فى باب عبدالله بن يزيد، عند قوله ﷺ: أينقص الرطب إذا يبس؟ إن شاء الله.

وهو ابن عمر، فهو حجة؛ لأن هذا أمر طريقه اللغة، وابن عمر حجة فى ذلك.

وقد روى غير هذا التفسير فيه، فروى زياد بن أيوب دلويه عن ابن علية، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبى ﷺ نهى عن المزابنة، والمزابنة أن يبيع ما فى رءوس النخل بتمر بكيل مسمى، إن زاد فلى، وإن نقص، فعلىَّ.

والجواب أنه قد ورد فيه التفسيران، وما قلناه أصح؛ لأنه رواه عن مالك فى تأليف مشهور جماعة يبلغون التواتر. وروى التفسير الذى ذهبتم إليه زياد بن أيوب، وقد رواه عن مالك من حديث أبى سعيد الخدرى، فيجب أن يكون البيعان ممنوعين، فإن اسم المزابنة واقع عليهما.

فصل: وقوله: «**وبيع الكرم بالزبيب كيلاً**»، يريد العنب وسمى العنب كرمًا، وإن كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز والاتساع كما يسمى الشىء باسم ما جاوره أو كان منه بسبب. وأما ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «فإنما الكرم قلب المؤمن»(٢).

قال ابن الأنبارى: إنما سمى الكرم كرمًا؛ لأن الخمر المشروبة من عنبه تحث على السخاء، وتأمر بمكارم الأخلاق، فكره النبى ﷺ أن يسمى أصل الخمر باسم مأخوذ من الكرم، وجعل المؤمن أحق بهذا الاسم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون معناه أن العنب، وإن كان فيه منافع ورزق وخصب لمن رزقه، فإن قلب المؤمن أكثر خيرًا وأنفع لنفسه وللناس، ولم يرد ذلك النهى عن أن يسمى الكرم كرمًا.

ولذلك لم ينقله الناس عن النهى، ولا امتنعوا من تسمية شجر العنب كرمًا، ولكنه إنما أراد به تفضيل قلب المؤمن عليه كما قال ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذى يملك نفسه عند الغضب»(٣)، فهو الذى يظهر لى فيه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما بيع التمر بالتمر كيلاً، فإنه متأت فيه، وبه يعتبران جميعًا. وأما العنب بالزبيب كيلاً، فإن ذلك غير متأت فيه إلا الوزن، ولا يباع العنب كيلاً بوجه، ويحتمل أن يريد بذلك ﷺ أنه لا يصح بيع أحدهما بالآخر بالوجه الذى يقوم مقام الكيل فى معرفة التساوى.

---

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٦١٨٣. مسلم حديث رقم ٢٢٤٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٢١٦. أبو داود حديث رقم ٤٩٧٤. الدارمى حديث رقم ٢٧٠٠.

(٣) أخرجه البخارى حديث رقم ٦١١٤. مسلم حديث رقم ٢٦٠٨، ٢٦٠٩. أبو داود حديث رقم ٤٧٧٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٩٣٤.

ووجه آخر، وهو أنه قد يسمى الوزن كيلاً، فيقال: هذه عشرة دراهم كيلاً، ويحتمل أن يريد به العنب جزافًا والزبيب كيلاً، ويحتمل أن يريد به أن يتحرى في العنب مكيلة الزبيب.

وقد اختلف قول مالك في إجازة التحرى فيما يحرم فيه التفاضل، فأجازه في البيض بالبيض، والخبز بالخبز، واللحم باللحم، وفي الحالوم الرطب باليابس، وفي الزيتون الغض بالمالح في كتاب محمد، وأجازه مع القول بإباحته في القديد باللحم الطرى مرة ومنعه أخرى.

وروى في الواضحة أنه قال: وما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام والأدام، لا يجوز قسمته تحريًا، وكذلك السمن والزيت والعسل لا يجوز إلا كيلاً أو وزنًا.

واختلف أصحابنا في تأويل ذلك، فمنهم من قال: إن ذلك على روايتين، فإنه جوزه على إحدى الروايتين على الإطلاق، ومنهم من قال: إن ذلك لاختلاف حالين، فيجوز مع تعذر الموازين، ويمنع مع وجودها، ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعي بكل حال.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى واضح في الشرع لمعرفة المقدار، فجاز أن يعتبر به المبيع كخرص العرية والزكاة.

مسألة: فإن قلنا يجوز ذلك، ففي أى شيء يجوز؟ المشهور عن مالك أنه يجوز في الموزون دون المكيل والمعدود، رواه عنه ابن المواز وغيره، وهذا عندى مبنى على قول من قال: إن ذلك ممنوع إلا في الأسفار، وحيث تنعدم الموازين.

وأما على قول من حمل ذلك على الإطلاق مع القدرة على الموازين، وهو الأظهر لتجويزه السلم في اللحم بالتحرى، فإنه يجب أن يجوز ذلك في المكيل.

ووجه ذلك أن الكيل يعدم كما يعدم الميزان والقبضة، فليست بمقدار صحيح؛ لأنه لا يتأتى فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد وهيئة واحدة من القبض والبسط، بخلاف المكيل المعتاد.

فرع: فإذا قلنا إن التحرى فيما يحرم فيه التفاضل جائز، فإنه يجوز في يسيره دون كثيره؛ لأن كثيره يتعذر فيه التحرى، ويخاف فيه الخطأ وقلة الإصابة، قاله ابن القاسم.

مسألة: وأما ما يجوز فيه التفاضل من المطعومات، فإنه يجوز في قليله وكثيره، رواه

ابن حبيب عمن يرضى من أصحاب مالك. والفرق بينه وبين ما يجرى فيه الربا، أنه لا يخاف فيه التفاضل الذى يحرم فيما يحرم فيه الربا.

فصل: إذا ثبت جواز التحرى، فقد جوزه مالك فى الخبز بالخبز، والبيض بالبيض، واللحم باللحم. أما الخبز بالخبز، فالذى قاله أصحابنا: إنه يتحرى ما فيه من الدقيق دون وزن الخبز، قالوا: لأن الخبز بعضه أرطب من بعض، فلا تصح المماثلة فيه بالوزن.

وهذا لا يكاد أن يصح على مذهب مالك المعروف، وإنما يصح على أصل ابن الماجشون فى اعتباره بالرطوبات الباقية فى حال الادخار، ولذلك منع التمر القديم بالحديث.

وأما مالك، فإن ذلك عنده على ضربين، أحدهما: أن لا يؤكل المطعوم مع الرطوبة الحادثة فيه غالبًا كالفول المبلول، والقمح المبلول والعجين، فإنها تمنع صحة التساوى. والثانى: أن يؤكل بوجودها غالبًا كرطوبة الرطب والعنب، والخبز، وخل التمر، والعنب والمخيض.

فإن ذلك كله لا يمنع صحة التساوى طارئة كانت أو أصلية، فعلى هذا يجوز الخبز بالخبز وزنًا، ولا يحتاج إلى تحرى الدقيق، فإنه قد صار جنسًا آخر، كما يجوز بيع المخيض بالمخيض كيلاً، ولا يتحرى ما فيه من اللبن، ويجوز خل التمر بخل التمر كيلاً، ولا يتحرى ما فيه من التمر.

وربما كان لأصحابنا قولان فى أصل واحد، واتفق ظهور أحد القولين منهم فى أحدهما فى فرع من فروعه، وظهور القول الثانى فى فرع آخر، وذلك موجود لهم كثير، فيجب تتبعه، ورد كل شيء من ذلك إلى أصله.

وقد روى فضل بن مسلمة، عن مالك: يجوز بيع الكعك بالخبز متفاضلاً متماثلاً، وهى رواية ابن القاسم والقديد بالنيئ على التحرى، ثم رجع عنه، وهذا أيضًا فيه نظر؛ لأن القديد والنيئ، لم يفرق بينهما صنعة تخرجهما أو تخرج أحدهما عن أصله والكعك والخبز قد وجدت فيهما صنعة أخرجتهما عن أصلهما كخل التمر، وأما اللحم، فإنه يتحرى فيه المماثلة، وكذلك البيض، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله.

١٢٩٨ – مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِى سُفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِى أَحْمَدَ،

١٢٩٨ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٨٦. مسلم فى البيوع ١٥٤٦. ابن ماجه فى الأحكام=

عَنْ أَبِى سَعِيدٍ الْخُدْرِىِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُزَابَنَةُ اشْتِرَاءُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ فِى رُءُوسِ النَّخْلِ، وَالْمُحَاقَلَةُ كِرَاءُ الأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ[1].

الشرح: وقوله: «**والمزابنة اشتراء التمر بالتمر فى رءوس النخل**»، هذا نوع من المزابنة، وقد تقدم أن معنى المزابنة أن يجهل قدر أحد المبيعين من الآخر فى الجنس الواحد؛ لأن كل واحد منهما يقصد إلى غبن صاحبه فى مبلغ التمرتين، وإلى أن يأخذ أكثر مما يعطى، وهذا موجود فى هذه المسألة، وفى التى قبلها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن المبيع على ضربين، ضرب يحرم فيه التفاضل، وضرب

=٢٤٥٥، ٢٤٦٤. أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٠٦٣٨، ١٠٦٦٨، ١١١٣٨، ١١١٢٤٤. الدارمى فى البيوع ٢٥٥٧، الاستئذان ٢٦٧٣. الطبرانى فى الكبير ٢٢٩/١١، عن ابن عباس. الطحاوى بمعانى الآثار ٢٩/٤، عن جابر. البيهقى فى السنن، عن جابر. ابن أبى شيبة ١٢٩/٧، عن ابن عباس.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٦٣/٨: قد جاء فى هذا الحديث مع جودة إسناده تفسير المزابنة والمحاقلة، وأقل أحواله إن لم يكن التفسير مرفوعا، فهو من قوله أبى سعيد الخدرى، وقد أجمعوا أن من روى شيئا وعلم مخرجه سلم له فى تأويله لأنه أعلم به. وقد جاء عن عبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله، فى تفسير المزابنة نحو ذلك.

روى ابن جريج، قال: أخبرنى موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبى ﷺ نهى عن المزابنة. قال عبدالله بن عمر: والمزابنة أن يبيع الرجل ثمر حائطه بتمر كيلا، إن كانت نخلا أو زبيبا، إن كانت كرما أو حنطة، إن كانت زرعا.

قال أبو عمر: هذا أبين شىء وأوضحه فى ذلك. وروى حماد بن سلمة، عن عمرو ابن دينار أن ابن عمر سئل عن رجل باع ثمر أرضه من رجل بمائة فرق يكيل له منها، فقال ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن هذا، وهو المزابنة. وروى ابن عيينة، عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر بن عبدالله قال: «نهى رسول الله ﷺ، عن المخابرة والمحاقلة، والمزابنة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، وألا يباع إلا بالدنانير والدراهم، إلا العرايا».

قال سفيان: المخابرة كراء الأرض بالحنطة، والمزابنة بيع ما فى رءوس النخل بالتمر، والمحاقلة بيع السنبل من الزرع بالحب المصفى.

فهؤلاء ثلاثة من الصحابة قد فسروا المزابنة بما تراه ولا مخالف لهم عامته بل قد أجمع العلماء على أن ذلك مزابنة، وكذلك أجمعوا على أن كل ما لا يجوز إلا مثلاً بمثل، أنه لا يجوز منه كيل بجزاف ولا جزاف بجزاف؛ لأن فى ذلك جهل المساواة، ولا يؤمن مع ذلك التفاضل، ولم يختلفوا أن بيع الكرم بالزبيب، والرطب بالتمر المعلق فى رءوس النخل، والزرع بالحنطة مزابنة، إلا أن بعضهم قد سمى بيع الحنطة بالزرع محاقلة أيضا.

يجوز فيه التفاضل. فأما ما يحرم فيه التفاضل، فقد بينا من حكمه ما يليق بهذا الكتاب.

وأما ما يجوز فيه التفاضل، فإنه لا يجوز أن يباع يابسه برطبه على رءوس النخل؛ لأن القبض لا يتنجز فيه، ويحرم فيه التفرق قبل القبض؛ لأنه مطعوم، ولا يجوز رطبه بيابسه، ولا رطبه برطبه، ولا يابسه بيابسه جزافًا فيهما، ولا في أحدهما، والآخر بالكيل على وجه يجوز فيه التساوى والتفاضل حتى يتبين التفاضل فى أحدهما، فيجوز ذلك، وكذلك كل مبيع، وإن لم يكن مطعومًا.

فصل: وقوله: «**والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة**»، هذا نزع من المحاقلة. وقد روى عنه ﷺ النهى عن المحاقلة، فلا يجوز لذلك الأرض بالحنطة.

وجه المحاقلة فيها أن منفعتها المشتراة منها فى اكترائها، إنما هى لمن زرع الحنطة، فهو يؤول إلى بيع الحنطة بالحنطة جزافًا بجزاف، أو جزافًا بكيل؛ لأن الذى يدفعه المكترى حنطة، والذى يصل إليه من منفعة الأرض حنطة، وسيأتى بيان هذا مستقصى فى كتاب كراء الأرض.

وقال صاحب العين: المحاقلة بيع الزرع قبل بدو صلاحه، ولا يمتنع أن يكون ذلك نوع آخر من المحاقلة، وما قدمناه أظهر؛ لأنه إن كان التفسير من قول النبى ﷺ، فلا يعارض بقول أحد من البشر فى لغة ولا شرع، وإن كان من قول أبى سعيد الخدرى، فلا يعارض بقول صاحب العين لغة ولا شرعًا.

١٢٩٩ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ».

وَالْمُزَابَنَةُ اشْتِرَاءُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ وَالْمُحَاقَلَةُ اشْتِرَاءُ الزَّرْعِ بِالْحِنْطَةِ وَاسْتِكْرَاءُ الأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ[1].

١٢٩٩ - أخرجه ابن ماجه، عن ابن المسيب، عن رافع بن خديج مرفوعا ٧٦٢/٢ كتاب التجارات باب المزابنة والمحاقلة. النسائى ٤٠/٧، عن ابن المسيب، عن رافع كتاب البيوع باب النهى عن كراء الأرض.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٠/٨: هكذا هذا الحديث مرسل فى الموطأ عند جميع الرواة، وكذلك رواه أصحاب ابن شهاب عنه، ورواه أحمد بن أبى طيبة، عن مالك، عن الزهرى، عن سعيد بن المسيب، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ. وجاء فيه من تفسير المزابنة والمحاقلة ما فيه=

قَالَ ابْـنُ شِـهَابٍ: فَسَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ اسْتِكْرَاءِ الأَرْضِ بِـالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ فَقَالَ: لا بَأْسَ بِذَلِكَ.

الشرح: قوله: «**والمحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة، واستكراء الأرض بالحنطة**»، يريد أنهما نوعان من المحاقلة، وأن اسم المحاقلة واقع على كل واحد منهما، وأما استكراء الأرض بالحنطة، فقد تقدم القول فيه.

وأما اشتراء الزرع بالحنطة، فعلى نحو ما تقدم من بيع التمر بالتمر؛ لأنه مجهول مبلغ كل واحد منهما من صاحبه، وقد سمي ذلك مزابنة لما ذكرناه.

وقد روى الليث، عن نافع، عن ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، والمزابنة أن يبيع ثمر حائطه، إن كان نخلاً بتمر كيلاً، وإن كان كرمًا أن يبيعه بزبيب كيلاً أو كان زرعًا أن يبيعه بطعام كيلاً، ونهى عن ذلك كله، فعلى هذا اسم المزابنة واقع على الجميع، ومعناها متقارب.

إلا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها، واسم المحاقلة خاص في الزرع، والمخاضرة خاص في الخضرة، وقد قال صاحب العين: إنه بيع الثمر قبل بدو صلاحها، والأول أظهر من جهة اللفظ، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُزَابَنَةِ، وَتَفْسِيرُ الْمُزَابَنَةِ أَنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنَ الْجِزَافِ الَّذِي لا يُعْلَمُ كَيْلُهُ، وَلا وَزْنُهُ، وَلا عَدَدُهُ، ابْتِيعَ بِشَيْءٍ مُسَمًّى مِنَ الْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ أَوِ الْعَدَدِ، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: يَكُونُ لَـهُ الطَّعَامُ الْمُصَبَّرُ الَّذِي لا يُعْلَمُ كَيْلُهُ مِنَ الْحِنْطَةِ أَوِ التَّمْرِ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأَطْعِمَةِ أَوْ يَكُونُ لِلرَّجُلِ السِّلْعَةُ مِنَ الْحِنْطَةِ أَوِ النَّوَى أَوِ الْقَضْبِ أَوِ الْعُصْفُرِ أَوِ الْكُرْسُفِ أَوِ الْكَتَّانِ أَوِ الْقَزِّ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ السِّلَعِ، لا يُعْلَمُ كَيْلُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَلا وَزْنُهُ وَلا عَدَدُهُ، فَيَقُولُ الرَّجُلُ لِرَبِّ تِلْكَ السِّلْعَةِ: كِلْ سِلْعَتَكَ هَذِهِ، أَوْ مُرْ مَنْ يَكِيلُهَا، أَوْ زِنْ مِنْ ذَلِكَ مَا يُوزَنُ أَوْ اعدد منها مَا كَانَ يُعَدُّ، فَمَا نَقَصَ عَنْ كَيْلِ كَذَا وَكَذَا صَاعًا لِتَسْمِيَةٍ

=مقنع لمن فهم، ولا خلاف علمته في هذا التأويل، وهو أحسن تفسير في المزابنة والمحاقلة وأعمه، وقد مضى في كتابنا هذا من تفسير المزابنة هاهنا، وقد تقدم في باب ربيعة منا القول في كراء الأرض مستوعبا، والحمد لله.

يُسَمِّيهَا، أَوْ وَزْن كَذَا وَكَذَا رِطْلا أَوْ عَدَدِ كَذَا وَكَذَا، فَمَا ينقص مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيَّ غُرْمُهُ لَكَ حَتَّى أُوفِيَكَ تِلْكَ التَّسْمِيَةَ، فَمَا زَادَ عَلَى تِلْكَ التَّسْمِيَةِ، فَهُوَ لِي، أَضْمَنُ مَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ لِي مَا زَادَ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بَيْعًا، وَلَكِنَّهُ الْمُخَاطَرَةُ وَالْغَرَرُ وَالْقِمَارُ يَدْخُلُ هَذَا؛ لأَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِ مِنْهُ شَيْئًا بِشَيْءٍ أَخْرَجَهُ، وَلَكِنَّهُ ضَمِنَ لَهُ مَا سُمِّيَ مِنْ ذَلِكَ الْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ أَوِ الْعَدَدِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ نَقَصَتْ تِلْكَ السِّلْعَةُ عَنْ تِلْكَ التَّسْمِيَةِ أَخَذَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ مَا نَقَصَ بِغَيْرِ ثَمَنٍ وَلا هِبَةٍ طَيِّبَةٍ بِهَا نَفْسُهُ، فَهَذَا يُشْبِهُ الْقِمَارَ وَمَا كَانَ مِثْلُ هَذَا مِنَ الأَشْيَاءِ فَذَلِكَ يَدْخُلُهُ.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَهُ الثَّوْبُ: أَضْمَنُ لَكَ مِنْ ثَوْبِكَ هَذَا كَذَا وَكَذَا ظِهَارَةَ قَلَنْسُوَةٍ، قَدْرُ كُلِّ ظِهَارَةٍ كَذَا وَكَذَا لِشَيْءٍ يُسَمِّيهِ، فَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ، فَعَلَيَّ غُرْمُهُ حَتَّى أوفيكه وَمَا زَادَ، فَلِي، أَوْ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: أَضْمَنُ لَكَ مِنْ ثِيَابِكَ هذه كَذَا وَكَذَا قَمِيصًا ذَرْعُ كُلِّ قَمِيصٍ كَذَا وَكَذَا، فَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيَّ غُرْمُهُ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ، فَلِي، أَوْ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَهُ الْجُلُودُ مِنْ جُلُودِ الْبَقَرِ أَوِ الإِبِلِ: أُقَطِّعُ جُلُودَكَ هَذِهِ نِعَالا عَلَى إِمَامٍ يُرِيهِ إِيَّاهُ، فَمَا نَقَصَ مِنْ مِائَةِ زَوْجٍ، فَعَلَيَّ غُرْمُهُ، وَمَا زَادَ، فَهُوَ لِي بِمَا ضَمِنْتُ لَكَ، وَمِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ عِنْدَهُ حَبُّ الْبَانِ: اعْصُرْ حَبَّكَ هَذَا، فَمَا نَقَصَ مِنْ كَذَا وَكَذَا رِطْلا، فَعَلَيَّ أَنْ أُعْطِيَكَهُ، وَمَا زَادَ فَهُوَ لِي، فَهَذَا كُلُّهُ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنَ الأَشْيَاءِ أَوْ ضَارَعَهُ مِنَ الْمُزَابَنَةِ الَّتِي لا تَصْلُحُ، وَلا تَجُوزُ، وَكَذَلِكَ أَيْضًا إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ لَهُ الْخَبَطُ أَوِ النَّوَى أَوِ الْكُرْسُفُ أَوِ الْكَتَّانُ أَوِ الْقَضْبُ أَوِ الْعُصْفُرُ: أَبْتَاعُ مِنْكَ هذه الحنطة بِكَذَا وَكَذَا صَاعًا مِنْ خَبَطٍ يُخْبَطُ مِثْلَ خَبَطِهِ أَوْ هَذَا النَّوَى بِكَذَا وَكَذَا صَاعًا مِنْ نَوًى مِثْلِهِ وَفِي الْعُصْفُرِ وَالْكُرْسُفِ وَالْكَتَّانِ وَالْقَضْبِ مِثْلَ ذَلِكَ، فَهَذَا كُلُّهُ يَرْجِعُ إِلَى مَا وصفناه مِنَ الْمُزَابَنَةِ.

الشرح: وهذا كما قال أن كل ما له مقدار يباع به من كيل أو عدد أو وزن بيع منه معلوم بمجهول، فإنه لا يجوز، وذلك على ضربين، أحدهما: ما لا يجوز فيه التفاضل. والثاني: ما يجوز فيه التفاضل.

فأما ما لا يجوز فيه التفاضل، فإنه يدخله الجهل بالتساوى، وهو يجرى فى المنع مجرى العلم بالتفاضل، ويدخله مما يجوز فيه التفاضل، مع إمكان التفاضل والتساوى الغرر، والقصد إلى المخاطرة بأن يغبن أحدهما صاحبه فى الجنس الواحد، فإن تبين التساوى بالتحرى أو تبين التفاضل جاز، وذلك للبعد عن قصد المخاطرة.

فصل: وقوله: «**وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل، له الطعام والمصبر: كل صبرتك هذه**»، إلى آخر المسألة، معناه أن كل من كان له شىء من الجزاف من طعام أو غيره، فأتاه من قال له: اضمن لى من هذه الصبرة مقدار كذا وكذا، فما زاد عليه علىَّ، وما نقص، فعلىَّ، فذلك لا يجوز؛ لأن هذا مجرد المخاطرة والمقامرة، وأبلغ ما يكون من الغرر الذى نهى عنه لا خلاف فى منعه وتحريمه، وإن الذى يبيع الجزاف بالمكيل من جنس واحد أو آل فعله إليه؛ لأنه يدفع إليه فى صبرة، صبرة مثلها من جنسها لا يعلم مماثلتها لها، ولا فضلها عليها، يقصد بذلك غبنه فى كيلها بجنسها.

فإن كانت التى يعطيه أفضل، فقد ضمن له ما نقص من صبرته عما قدر فيها، وإن كانت أقل، فقد كان له الفضل، فلذلك منع مالك المكيل فى الجزاف بالجنس الواحد.

ومثل هذا المعنى موجود فى الجزاف منه بالجزاف، فلذلك منع مالك فى الجنس الواحد الجزاف بالجزاف حتى يتبين القصد، فيعلم أن غرضه عن المبلغ والمخاطرة، والكثرة والقلة.

* * *

جامع بيع الثمر

قال مالك: مَنِ اشْتَرَى ثَمَرًا مِنْ نَخْلٍ مُسَمَّاةٍ أَوْ حَائِطٍ مُسَمًّى أَوْ لَبَنًا مِنْ غَنَمٍ مُسَمَّاةٍ، إِنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ يُؤْخَذُ عَاجلا يَشْرَعُ الْمُشْتَرِى فِى أَخْذِهِ عِنْدَ دَفْعِهِ الثَّمَنَ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ رَاوِيَةِ زَيْتٍ يَبْتَاعُ مِنْهَا رَجُلٌ بِدِينَارٍ أَوْ دِينَارَيْنِ وَيُعْطِيهِ ذَهَبَهُ، وَيَشْتَرِطُ عَلَيْهِ أَنْ يَكِيلَ لَهُ مِنْهَا، فَهَذَا لا بَأْسَ بِهِ، فَإِنِ انْشَقَّتِ الرَّاوِيَةُ، فَذَهَبَ زَيْتُهَا، فَلَيْسَ لِلْمُبْتَاعِ إِلا ذَهَبُهُ، وَلا يَكُونُ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٨١، وقال: لأنه عنده بيع عين، لا بيع صفة مضمونة فى الذمة، فإذا ذهبت الراوية، لم يكن له إلا الثمن الذى دفع. وهذا لا يجوز عند الشافعى، لأنه لا يجيز بيع عين من الأعيان فى شىء من البيوع إلا أن يكون المبتاع ينظر الشىء=

قال مالك: وَأَمَّا كُلُّ شَيْءٍ كَانَ حَاضِرًا يُشْتَرَى عَلَى وَجْهِهِ مِثْلُ اللَّبَنِ إِذَا حُلِبَ وَالرُّطَبِ يجنى فَيَأْخُذُ الْمُبْتَاعُ يَوْمًا بِيَوْمٍ، فَلا بَأْسَ بِهِ، فَإِنْ فَنِيَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمُشْتَرِي مَا اشْتَرَى رَدَّ عَلَيْهِ الْبَائِعُ مِنْ ذَهَبِهِ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ لَهُ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ الْمُشْتَرِي سِلْعَةً بِمَا بَقِيَ لَهُ يَتَرَاضَيَانِ عَلَيْهَا، وَلا يُفَارِقُهُ حَتَّى يَأْخُذَهَا، فَإِنْ فَارَقَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ؛ لأَنَّهُ يَدْخُلُهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ، وَقَدْ نُهِيَ عَنِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ، فَإِنْ وَقَعَ فِي بَيْعِهِمَا أَجَلٌ، فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ، وَلا يَحِلُّ فِيهِ تَأْخِيرٌ وَلا نَظِرَةٌ، وَلا يَصْلُحُ إِلا بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَيَضْمَنُ ذَلِكَ الْبَائِعُ لِلْمُبْتَاعِ، وَلا يُسَمَّى ذَلِكَ فِي حَائِطٍ بِعَيْنِهِ وَلا فِي غَنَمٍ بِأَعْيَانِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا بأس أن يشترى ثمرًا من حائط معين أو لبنًا من غنم معينة، إذا كان المشترى يشرع فى قبضه، يريد أن ذلك فى وقت يمكن قبضه بأن يبدو صلاح الثمرة، كون اللبن فى الغنم.

وأما إذا لم يبد صلاح ثمر الحائط، أو لم يكن فى تلك الغنم لبن، فذلك غير جائز. والأصل فى ذلك نهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها. وأما لبن الغنم، فإنما جاز ذلك فيه خلافًا للشافعى أن هذا مائع طاهر، خارج من حيوان لا يختلف جنسه غالبًا، فجاز أن يفرد بالبيع دونها كماء العيون.

ودليل ثان أن هذه أنثى ذات لبن، فجاز أن يستباح أخذه بالمعاوضة عليه دونها كالطير.

فصل: إذا ثبت ذلك، فقوله: «**إذا كان يوجد عاجلاً يشرع المشترى فى أخذه عند دفعه الثمن**»، يريد أن لا يتأخر ذلك تأخيرًا لا يحتاج إليه لتمام النضج، وإنما يتأخر بقدر ما يحتاج إليه لتمام النضج والإرطاب كالخمسة عشر يومًا. وقال مالك فى كتاب ابن المواز: عشرين يومًا.

=المبيع، ويتأمله، ويحيط به نظره، ويعلم ما تقع عليه صفته بعينه. والبيع عنده على نوعين: أحدهما: عين مرئية يحيط بالنظر إليها المتابعيان. والآخر: السلم الموصوف المضمون فى الذمة، فأقر به البائع له على الصفة التى لزمته. وقد روى عنه أنه أجاز بيع الصفة على خيار الرؤية على ما ذهب إليه الكوفيون فى ذلك. وعند الكوفيين: من ابتاع تمرا، أو لبنا لم يره على صفة ذكرت، لم يلزمه شيء منه حتى ينظر إليه، فيختاره، أو يرده. وهذا عندهم من باب بيع الموصوف على خيار الرؤية.

وجه ذلك أن مثل هذه المدة تؤخر الثمرة فى رءوس النخل طلبًا للإرطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتًا بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من أن ذلك من ضمان البائع.

وأما ابن القاسم، فإنه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة؛ لأنه لا غرض فى تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ، وهذا فيما يشرع فيه منه، وأما اتصاله بعد ذلك، فيجوز تأخيره أخذ للتمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة ما يحتاج أن يأخذه منه فى كل يوم.

وأما الصوف يشترى على ظهور الغنم، فإنه يجوز أن يتأخر بقدر ما ينظر فى جزها، ويكون ذلك مدة لا يزيد الصوف فى مثلها. روى محمد، عن مالك: العشرة أيام والخمسة عشر يومًا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قدمنا أن شراء الثمرة فى رءوس النخل يكون على ثلاثة أوجه، وقد تقدم بيان الوجهين، وبقى تبيين الوجه الثالث، وهو إذا اشترى منه أصوعًا معروفة، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يشترط أخذه على حاله وصفته. والثانى: أن يشترط أخذه بعد تغير صفته.

فأما أخذه على حاله بسرًا، فهو جائز؛ لأنه بمنزلة اشتراء أصوع تمر من صبرة أو اشتراء أصوع رطب أو بسر من صبرة، فإن اشترط إبقاءه إلى تغير صفته، فلا يخلو أن يشترط ذلك حال بسوره إلى أن يصير رطبًا أو إلى أن يصير تمرًا، فإن اشترط أخذه رطبًا، فلا خلاف فى جواز ذلك بين أصحابنا.

ووجه ذلك أنه معلوم الصفة؛ لأن الإرطاب إنما هو نضج، وليس فيه نقصان من القدر ولا زيادة، ولا تغير معنى أكثر من النضج، فجاز ذلك.

مسألة: وأما إن اشترط أخذه تمرًا، فإن ذلك ممنوع فى الجملة. قال ابن وهب، عن مالك: وكذلك لو وقع العقد حين الارطاب، واشترطه تمرًا.

ووجه ذلك أنه لا يعلم صفته عند انتهاء جفوفه؛ لأن التغير يلحقه فى المقدار والصفة، وذلك مؤثر فى منع العقد، إلا أنه لا يتفاوت تغيره، ولذلك لم يؤثر عند مالك وأكثر أصحابه فى فساد العقد.

وقال ابن عبد الحكم فى بيع الزرع إذا أفرك: يفسخ فيه البيع.

ووجهه أن التغير يلحقه فى المقدار والصفة، وذلك يمنع صحة العقد عليه، كما لو اشتراه صغيرًا، واشترط عظمه، ويحمل ذلك عندهم على الكراهية، وحكمه حكم الزرع

يباع إذا أفرك، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه، ولو كان ذلك على التحريم لرد؛ لأن ما يكال أو يوزن لا يفوت بذهاب العين ويرد مثله.

ووجه ذلك أن تغيره لا يتفاوت، وقد روى ابن القاسم، عن مالك فى العتبية: أنه إن لم ينقد، فلا بأس أن يشترطه تمرًا، وهذا يقتضى أن ذلك لمراعاة معان إن وجدت، لزمه الصفة، وإن عدمت، كان المشترى بالخيار.

ولعله قد ذهب إلى أن لهذا الجنس من التمر صفة معتادة، إن وجد عليها للإصابة فى التجفيف ومحاولته وسلامته فى ذلك من العاهات، لزم المشترى، وإن عدمت تلك الصفة لمبالغة فى التجفيف أو نقص منه أو يعتبر بمعنى فى مدة التجفيف، كان المبتاع عند رؤيته بالخيار، والله أعلم.

فرع: وهذا إذا اشتراه كيلاً، وأما إن اشتراه جزافًا، ففى الموازية: لا خير فى أن يشترى ثمر الحائط، ويشترط أخذه تمرًا، إلا لمن اشتراه جزافًا، فأما بالكيل، فلا.

مسألة: وأما شراء لبن الغنم المعينة، فإنه أيضًا على ضربين، أحدهما: أن يشترط مكيلة من لبن غنم بأعيانها.

وذلك يحتاج إلى ثلاثة شروط، أحدها: أن يشرع فى أخذه. والثانى: أن يذكر ما يقبضه كل يوم، ويضرب لذلك أجلاً يبقى لبن تلك الغنم إلى مثله. والثالث: أن يشترط من اللبن مقدارًا، يعلم أن مثل الغنم لا يقصر عنه فى الأغلب، ومثل هذه الشروط يعتبر فى شراء أصوع من حائط معين، وأجازه ابن القاسم وأشهب فى الشاة والشاتين.

مسألة: والضرب الثانى: أن يشترى لبنها أجمع، فإن ذلك جائز فى سوائم الغنم الذى لا يختلف، ويعتبر فى ذلك أن يكون فى إبان اللبن، ولذلك يضرب أجل يعلم أن لبنها لا ينقطع إلى مثله شهرًا أو شهرين.

والفرق بين هذا وبين التى لا يجوز أن يشترى ثمرتها إلى مدة مقدرة، وإنما يجوز ذلك على الاستيعاب أن المقثأة تشترى بأصولها، فلا يجوز أن يستثنى بعض منافعها والغنم لم تشتر رقابها، وإنما اشتريت منفعة منها، فوجب أن يضرب لتلك المنفعة أجلاً يتقدر به.

ويجب أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع، وإلا لم يجز ذلك؛ لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الأعوام، وقوتها، وسمنها وهزالها، فيجب أن يعلم قدر ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة: وهل يجوز ذلك فى الشاة الواحدة، روى أشهب عن مالك جوازه. وروى عنه ابن القاسم منعه، وهو الأكثر. وقال أصبغ: إن وقع، لم أفسخه إذا كان فى الإبان، وعرف وجه حلابها، والغرر فيها، وفى العدد سواء، وهو فى الواحدة أثقل.

وجه إجازته اعتباره بالكثير، ووجه نفيه أن الشاة الواحدة يلحقها التغير والنقصان والزيادة، فيتبين الغرر والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضًا، فلا يظهر فى جملتها تغير بزيادة ولا نقصان، فيبعد الغرر فيها.

مسألة: ومن اكترى ناقة أو بقرة للسقى أو للحرث أشهرًا، فقد قال مالك: ذلك جائز إذا عرف وجه حلابها، وكان الإبان، وفرق شيوخنا بين هذه المسألة وبين مسألة الشاة الواحدة على رواية المنع بأن اللبن فى مسألة الناقة تبع؛ لأن المقصود منها العمل والمقصود فى مسألة الشاة اللبن، فأثر فى الغرر.

وقال أصبغ: لا أفسخه فى الشراء والكراء، إلا أن يبتاع وما يحرز عليه من أمر يظن بعد مؤثر فى العقد كجائحة الثمرة.

فصل: وقوله: «**وإنما مثل ذلك كراوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو بدينارين، ويشترط عليه أن يكيل منها**»، قياس صحيح، فى شراء مكيلة معلومة من حائط بعينه على شراء مكيلة معلومة من راوية بعينها، ولا فرق بينهما لتساوى أجزائها، ولا يكون له من ذلك إلا المكيلة التى تشترط.

ولو كانت الجملة تختلف أجزاؤها مثل أن يكون غنمًا أو نخلاً، واشترى منها عددًا غير معين، ولم يشترط خيارًا؛ لكان شريكًا فى الجملة بقدر عدد ما اشترى من عدد تلك الجملة.

فصل: وقوله: «**فإن انشقت الراوية، فذهب زيتها، فليس للمبتاع إلا ذهبه، ولا يكون بينهما بيع**»، يريد أنه لما اشترط الكيل على الزيت، وتلف قبل أن يستوفيه المبتاع بالكيل، وجب أن يكون من ضمان البائع، وهذا لا خلاف فيه.

وجملة ذلك أن المبيع على ضربين، أحدهما: فيه حق توفية كالمكيل والموزون والمعدود، والثمرة فى رءوس النخل، لم يتناه صلاحها، والمسلم فيه. والضرب الثانى: ليس فيه حق توفية بالعقد الحاضر والثوب والصبرة من الطعام أو غيره والثمرة فى رءوس النخل يابسة.

وقال القاضى أبو محمد: فأما ما فيه حق توفية بكيل أو وزن أو عدد، فضمانه قبل توفيته بذلك من البائع.

ووجه ذلك أن المبتاع ممنوع من تسليمه، لا يستطيع الانتفاع به إلا بعد التوفية كالذى فى الذمة.

مسألة: وأما ما يذرع، فروى أشهب، عن مالك فى العتبية: من ابتاع دارًا غائبة أو حائطًا على عدد النخل، فهلكت، إن ضمانها من بائعها، والمشهور عنه أن الدور والأرضين والحوائط من المبتاع، إلا أنه لما باعها على الذرع، وكان ذلك وجه استيفائها تعلقت بضمان البائع حتى يوفيها إياه بالعدد.

والدليل على ذلك أن هذا معنى يتقدر به المبيع، فكان له تأثير فى توفيته كالمكيل والموزون.

مسألة: وأما الثمرة فى رءوس النخل، فقد تقدم ذكرها، وهنا أن ضمانها من البائع، فحاجتها إلى بقائها فى الأصل، وتغذيتها به، وقد روى ابن القاسم، عن مالك فى الضأن يشترى صوفها، فيصاب منها أكبش قبل أن تجز بسرقة أو بيع: إن ضمانها من البائع، ويوضع عن المشترى بقدر ذلك.

ووجهه أنها متغذية بأصل البائع حتى يقبضها على ما جرت به العادة كالثمرة.

فرع: وبما يصح الاستيفاء فى المكيل والموزون، حكى أصحابنا أن ذلك فى المكيل بأن يصب غير المكيل فى إناء المبتاع، فإن تلف بعد تمام الكيل، وقبل تفريغه فى إناء المبتاع، فهو من البائع، وهذا إذا تولى كيله البائع أو أحد بأمره؛ لأن الكيل عليه.

وأما من تولى كيله المبتاع، فاختلف أصحابنا فى ذلك، ففى الواضحة: من البائع. وقال سحنون: هو من المبتاع.

وجه ما قاله ابن حبيب أن الكيل على البائع، فإذا تولاه المشترى، فإنما يتولاه على وجه النيابة، فكانت حاله حال البائع.

ووجه ما قاله سحنون أن الاستيفاء يتم بوفاء الكيل إذا تولاه المشترى؛ لأن ما بعد ذلك من تفريغ الكيل فى إنائه عمل بعد تمام الاستيفاء. وقال سحنون فى الوزن مثل ما تقدم فى الكيل، وهذا فيما اشترى على هذا النوع من الكيل والوزن.

وأما ما يوزن بظروفه، فيقبضه المبتاع ليفرغه، ثم توزن الظروف، فإن قبضه

للظروف على ذلك قبض للزيت، وإن تلف قبل أن يفرغ الظرف، فهو منه، حكاه ابن المواز، عن ابن القاسم.

فرع: وهاهنا نوع آخر من الاستيفاء، وهو أن يتفقا على تسليم إناء مملوء بزيت، فيأخذه المبتاع على أن يملأ بقدر ذلك، فيكتال. قال أصبغ فى كتاب محمد: فهذا قبض، والضمان من المبتاع قبل تغير الإناء، وهذا عندى إنما جعل بالاتفاق عليه، واستعجل المبتاع القبض قبل التقدير. وروى ابن حبيب فيمن اشترى زرعًا على الذرع، فهلك قبل الذرع أن ذلك من المبتاع.

ووجه ذلك أن ما يقدر به باق، وهذا يجب أن يلزم من غير اتفاق عليه ولا رضا به؛ لأنه لا يصح أن يقدر به لنفسه، وإنما يقدر بغيره، فلا تعلق بحق التوفية بعينه.

مسألة: ومن كانت لرجل عنده دنانير دينًا، فدفع إليه دنانير، فقال له: خذها وزنًا، فإن كانت وفاء، فهى لك، وما زاد فاردده، وما بقى أوفيكه، فهلكت، قال ابن القاسم: هى من قابضها إذا قبضها على وجه الاقتضاء والرهن، ولو كانت بمعنى الوديعة كانت من الدافع.

وقال أصبغ فى كتاب ابن المواز: ومن كانت عليه ثلاثة دنانير قائمة، فدفعها إلى الذى هى له، وقال له ربها: فما وجدت من قائم، فهو لك، فإن ضاعت قبل أن يعرف أن فيها قائمًا، فهى من الدافع.

وقال أصبغ فى قول ابن القاسم: فى هذه المسألة من قبضها على القضاء لا يشك فيها، ولو لم يكن على القضاء لكان رهنًا؛ لأنه سبب ما دفع عنه. وقال ابن حبيب فى مسألة مالك، فى الذى دفع ثلاثة دنانير إلى من له عليه دينار؛ ليقتضى منها واحدًا يختاره، فيضيع: أنه لا يضمن القابض إلا واحدًا، أن معنى ذلك إذا لم يشك أن فيها وازنًا.

وأما إن جهل ذلك، وقال: ضاعت قبل الوزن، فلا يضمن شيئًا منها، ولا يكون متقاضيًا، وهو مصدق ويحلف أنه ما علم فيها إلا وازنًا، ولا وزنها حتى ضاعت إلا أن تكون الدنانير من الكثرة بحيث لا يشك أن فيها دينارًا وازنًا، فإنه يضمنه خاصة، وهكذا قال لى من كاشفت من أصحاب مالك.

فصل: وأما ما ليس فيه حق توفية كالعبد الحاضر والثوب، وكالمبيع من المكيل والموزون والمعدود جزافًا، فإن ضمانه بنفس العقد من المشترى خلافًا لأبى حنيفة

والشافعى فى قولهما: إن ضمانه من البائع قبل قبض المشترى، وإن العقد ينفسخ بتلفه.

والدليل على ما نقوله حديث محمد بن خفاف، «أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان»(*)، وهذا حديث قد أخذ به جماعة الفقهاء، وعملوا بمضمونه، فاستغنى عن معرفة عدالة ناقليه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا عقد معاوضة، فكان تلف العوض العين فيه ممن صار إليه بنفس العقد. أصل ذلك عقد النكاح.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذى ليس فيه حق توفية لعينه وجنسه إذا اشترط البائع الانتفاع به مدة، يجوز له، واختلف أصحابنا فيمن شرط ركوب دابة باعها يومًا بعد ثلاثة أيام، فقال أبو زيد عن ابن القاسم: إنها من ضمان البائع ما بقى فيها شرط، سواء تلفت بيده أو بيد المبتاع. وقال أصبغ وابن حبيب: هى من ضمان المبتاع، ماتت بيده قبل الركوب أو بعده، أو بيد البائع.

وجه ما قاله ابن القاسم أن البائع لما شرط ركوبها مدة، وجب أن يتعلق بضمانه إلى انقضائها؛ لأنه لا يوفى المبيع إلا بعد استيفاء ما شرط فيه.

ووجه ما قاله أصبغ أن هذا بيع ليس عليه فيه حق توفية، فلم يكن فى ضمانه، وما شرط فيه من الانتفاع حق لنفسه، وليس كذلك ما شرط للبائع من يصح بمدته، فإن ذلك حق للمبتاع يلزمه أن يوفيه إياه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فإن المبتاع يرجع على البائع بجميع الثمن، وإن قلنا بقول أصبغ، فهل يرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من الركوب؟ قال أصبغ فى كتاب ابن المواز: لا يرجع عليه بشىء، وقاله على بن زياد وسحنون فيمن باع دارًا، واستثنى سكناها سنة أو باع دابة، واستثنى ركوبها يومين. وقال ابن حبيب: يرجع عليه بقدر ما استثنى من الثمن.

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٨٥، ١٢٨٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٩٠. أبو داود حديث رقم ٣٥٠٨، ٣٥٠٩، ٣٥١٠. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٤٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٧٠٤.

وتفسير الخراج بالضمان: هو الرجل يشترى العبد فيستغله، ثم يجد به عيبا فيرده على البائع، فالغلة للمشترى لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان.

وجه القول الأول أنه لم يتعلق به حق بذمة المبتاع، ولا شيء في يده، فلم يكن له عليه الرجوع بشيء.

ووجه القول الثاني أن العين المبيعة قد صارت ملكًا للمبتاع، وجعل منفعتها من الشرط للبائع بعض الثمن، فإذا تعذر على البائع استيفاء تلك المنفعة بتلف المبيع، رجع بثمن تلك المنفعة.

مسألة: فإن شرط البائع من الركوب بعد ثلاثة أيام ما لا يجوز، فهي ممن تلفت بيده من كتاب ابن المواز؛ لأنه بيع فاسد، فلا يضمن إلا بالنقص، وقبض المبتاع لها قبل شرط البائع قبض يضمن به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما قوله: «**وكل شيء كان حاضرًا مشترى على وجهه، مثل اللبن إذا حلب، والرطب يستجنى، فيأخذ المبتاع يومًا بيوم، فلا بأس به**»، وهذا كما قال أن حكم البيع؛ لأنه حاضر يتنجز قبضه، وهو مرئي مشاهد معين، فلا يتعلق بالذمة، وإنما يتعلق بمقدار معلوم من جملة معينة على ما تقدم.

وقوله: «**مثل اللبن إذا حلب**»، يريد أن يبدأ اللبن في الغنم، ويعرف لبنها، ويستجنى الرطب، فينظر المبتاع إلى قدر ما يجنى منه يومًا، فيشترط قبضه، فيصلح ذلك في العقد، ومن ذلك أن يقول له: أخر عنك هذه الثلاثة الأيام، فما جنيته منها كل يوم، فأنا آخذه منك ثلاثة أصوع بدينار.

فأما الذي في المدونة أنه جائز؛ لأنه قد نظر إلى الثمر، وعرف مقدار ما يتعجل منها في هذه المدة، ولو ضرب لذلك مدة طويلة لا يظهر ما يرطب إليه، ولا يعرف قلته من كثرته، لم يجز ذلك، وهذا حكم اللبن إذا عرف قدره وضربت له مدة لا يختلف فيه، وقد أنكر هذا بعض أصحابنا، والصحيح عندي ما قدمت.

فصل: وقوله: «**فإن فني قبل أن يستوفي المشتري ما اشترى رد عليه البائع من ذهبه بحساب ما بقي له**»، يريد أن يخطئا في حزرهما، فلا يكون في الحائط ما تبايعا أو تصيبه جائحة تذهب ببعض ثمرته، فإن وقع ذلك، فالمبتاع أحق ببقيته حتى يستوفي شرطه.

وكذلك لو أراد البائع أن يذهب ببعض ثمرته، لم يكن ذلك له، ومنع منه إلا أن يرى أن فيما بقي من الثمرة تمام حق المبتاع منها، فإن قصرت الثمرة عما ابتاعه انفسخ البيع بينهما فيما بقي؛ لأنه ابتاع منه معينًا تلف بعضه قبل البعض، فمضى البيع فيما قبض منه، وفات وبطل فيما بقي.

فصل: وقوله: «**ويرد بحساب ما بقى**»، هل يكون ذلك على التقديم أو على الكيل، ففى المزابنة فى الثمرات التراجع على الكيل، وإنما يكون التراجع على القيمة فى الذى يبتاع لبن الغنم أيامًا معدودة، فيحلها أيامًا ثم تموت، أو يموت بعضها.

وهذا يدل على أنه إنما أراد بمسألة التمر ما يسلم فيه؛ ليؤخذ فى يوم واحد أنه على حساب الكيل، وإذا شرط أخذه فى أيام مختلفة، تختلف فيها قيمة الثمرة، فوجب أن يراعى ذلك التقويم كمسألة اللبن.

فصل: وقوله: «**ويأخذ منه المشترى سلعة بما بقى، يتراضيان عليها، ولا يفارقها حتى يأخذها، وإن فارقه، فإن ذلك مكروه؛ لأنه يدخله الدين بالدين، وقد نهى عن الكالئ بالكالئ**»، يريد أن له أن يأخذ منه بالذى بقى عليه من ثمن حصته ما لم يقبضه من الثمرة ما شاء من السلع مطعومًا أو غير مطعوم.

وله أن يأخذ فى ذلك تمرًا ورطبًا أكثر من المكيلة التى فاتته وأقل؛ لأن ذلك بيع مبتدأ، إلا أن من شرط صحته القبض دون التأخير. فإن أخذه، فلا يخلو أن يكون مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفية، فإن كان فيه حق توفية، فلا يخلو أن يكون يأخذه لغير ضرورة أو للضرورة، فإن كان لغير ضرورة، فالذى نص عليه فى المدونة.

مسألة: وإن كان لضرورة، فلا يخلو أن يكون لا يمكن تعجل قبضه كثمرة بدا صلاحها، ولم يحل جدادها أو سكنى دار أو خدمة عبد أو عمل صانع أو خادم يكون فيها عهدة أو مواضعة أو بيع على الخيار، فهذا كله منع منه ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وقال أشهب: يجوز ذلك فى الإجارة والكراء، ورواه عن مالك، حكى ذلك كله ابن المواز، وحكى عنهما المنع فى شراء الخيار وشراء المواضعة، والثمرة التى تستجد. وحكى القاضى أبو محمد، عن أشهب: أنه يجيز ذلك كله.

ووجه رواية ابن القاسم أن ذلك يدخله فسخ دين فى دين، وقد يعبر عنه أصحابنا بما عبر به مالك أنه يدخله الدين بالدين، يريد أن الدين الأول بالدين الذى فسخ فيه، وذلك كله توسع فى عبارة.

ومعنى قولنا أنه فسخ دين أنه كان له دنانير متعلقة بذمته، فلما نقلها إلى معنى ثان فى ضمان الذى كان عليه الدين من ثمرة، لم يبد صلاحها، أو جارية على المواضعة، لم تبرأ ذمة الذى عليه الدين بذلك من الدين الذى كان عليه؛ لأن الثمرة أصابها جائحة، فهى من بائعها.

وكذلك الأمة فى مدة المواضعة، فلم تبرأ ذمته من الدين، ولا بقيت مشغولة به على الصفة التى كانت مشغولة به قبل دفع الثمرة والجارية بدينه؛ لأن ذمته أولاً كانت مشغولة بالدنانير خاصة، وهى الآن مترددة بين براءتها إن سلمت الثمرة أو الجارية أو بقاء الدنانير فيها، إن أصابتها جائحة، فأشبه ذلك انتقالها من الاشتغال بالدنانير إلى الاشتغال بثياب أو رقيق أو غير ذلك، وهذا فسخ دين فى دين.

ووجه رواية القاضى أبى محمد أن هذا عين، وليس بدين، ولذلك لا يتعلق شىء منه بالذمة.

مسألة: وأما إن كان المانع من استعجال قبضه ما فيه من حق التوفية كالمكيل والموزون يكثر، فيحتاج فى كيله إلى المدة، ويحتاج إلى إعداد مكان يجعل فيه أو سفينة، فإذا شرع فى ذلك، واتصل العمل فى الاستيفاء، جاز ذلك وإن طال الأمر يومًا أو يومين. قال أشهب: وشهرًا إذا اتصل ذلك.

مسألة: وإن كان مما ليس فيه حق توفية كالثوب والدابة والعبد، فلا يخلو أن يبقى بيد البائع لمنفعة من استخدام أو لتوثق إلى أن يشهد أو يبقى بيده لغير منفعة، فإن بقيت بيده المنفعة، فلا بأس بذلك بشرط وبغير شرط، وأما إن شرط حبسها لغير منفعة، ففى المدونة عن ابن القاسم: لا يعجبنى ذلك، ولا أفسخ بها البيع.

فصل: وقوله: **«فإن وقع فى بيعها أجل، فإنه مكروه، ولا يحل فيه تأخير، ولا نظرة»**[1] يريد أنه شرط فى شىء من ذلك مما فيه حق توفية أو ليس فيه حق توفيه التأخير، فإنه غير جائز؛ لأن البائع لا يبرأ بالعقد، فعاد إلى فسخ الدين فى الدين، ويدخله التأجيل فى المعين، وهو يمنع صحة العقد.

فصل: وقوله: **«ولا يصلح إلا بصفة معلومة إلى أجل مسمى، فيضمن ذلك البائع للمبتاع، ولا يسمى ذلك فى حائط بعينه، ولا فى غنم بأعيانها»** يريد أن الأجل والتأخير لا يصلح أن ينعقد به بيع إلا بصفة معلومة إلى أجل مسمى، ويكون البيع مضمونًا فى الذمة.

---

(١) أما قوله: «فإن وقه فى بيعهما أجل...» إلى آخر كلامه، فإنما كره ذلك؛ لأن الأعيان المبيعة لا يجوز الاشتراط فى قبضها؛ إلا بصفة معلومة، إلا ما كان فى العقار المأمون، وما أشبهه، وإنما يصح الأجل فى بيع الصفات المضمومات، وهى السلم المعلوم فى صفة معلومة، وكيل معلوم، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم، وهذا لا يجوز عند الجمهور فى حائط معلوم بعينه، ولا فى ثمن لبن بأعيانها. قاله ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١٦٧ - ١٦٨.

وأما العين، فلا يصلح فيه طويل الأجل؛ لأنه لا يعرف سلامته إليه، فيمكن تسليمه أو لا يسلم، فلا يمكن تسليمه، وما كان حاضرًا ولا يتيقن صحة تسليمه لا يجوز عقد البيع فيه.

والفرق بينه وبين المسلم إليه فى صحة العقد عليه، وإن لم يتيقن سلامته إلى أجل أن ذمته المتعلقة بماله باقية بعده تنوب عنه فى أداء ما عليه، وليس كذلك المعين المبيع، فإنه ليس لفواته بدل ينوب منابه، فافترقا.

مسألة: وأما ما قرب من الأجل، فلا بأس أن يشترى المعين إليه، ويشترط بقاءه عند البائع المدة اليسيرة التى لا يتغير مثله إليها غالبًا، وذلك على وجهين، أحدهما: أن يشترط ذلك لوجه منفعة كركوب الدابة، ولبس الثوب وإمساكه على وجه التزين بالإشهار، أو غير ذلك، فلا بأس؛ لأنه لا غرر فيه إذ الغالب من البائع بقاء صفته إلى مثل هذه المدة والحاجة داعية إليه، فإذا اشترط بقاءه لغير عوض، ففى المدونة من قول مالك أنه مكروه، فإن وقع لم يفسخ البيع.

مسألة: والمدة التى يجوز بقاء الأرض بيد المبتاع، ففى المدونة: اشتراط السنة فى الدار ليس ببعيد، وكره ما يبعد عن ذلك.

مسألة: وأما ركوب الدابة، فجوز ابن القاسم ومطرف استثناء ركوبها اليوم واليومين، وروى ابن حبيب عن مالك: تجويز ركوبها يومين فى السفر. وروى عنه أشهب، المنع من ذلك فى السفر. وروى ابن المواز: منع ركوبها فى ثلاثة أيام. وقال: ويفسد العقد.

ووجه ذلك أن الدابة يسرع إليها التغير، ولا سيما دواب الكد والعمل، فإنها تدبر وتتغير وتضعف، ولو كانت من دواب الجمال والركوب خاصة؛ لجاز ذلك فيها؛ لأنها لا تكاد تتغير فى مثل هذه المدة ما لم يكن سفرًا.

وسُئِلَ مَالِك عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِى مِنَ الرَّجُلِ الْحَائِطَ فِيهِ أَلْوَانٌ مِنَ النَّخْلِ مِنَ الْعَجْوَةِ وَالْكَبِيسِ وَالْعَذْقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَلْوَانِ التَّمْرِ، فَيَسْتَثْنِى مِنْهَا ثَمَرَ النَّخْلَةِ أَوِ النَّخَلاتِ يَخْتَارُهَا مِنْ نَخْلِهِ.

فَقَال مالك: ذَلِكَ لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ إِذَا صَنَعَ ذَلِكَ تَرَكَ ثَمَرَ النَّخْلَةِ مِنَ الْعَجْوَةِ وَمَكِيلَةُ ثَمَرِهَا خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا، وَأَخَذَ مَكَانَهَا ثَمَرَ نَخْلَةٍ مِنَ الْكَبِيسِ وَمَكِيلَةُ

ثَمَرِهَا عَشَرَةُ أَصْوُعٍ أَوْ أَخَذَ الْعَجْوَةَ الَّتِى فِيهَا خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا، وَتَرَكَ الَّتِى فِيهَا عَشَرَةُ أَصْوُعٍ مِنَ الْكَبِيسِ، فَكَأَنَّهُ اشْتَرَى الْعَجْوَةَ بِالْكَبِيسِ مُتَفَاضِلا(١).

قال مالك: وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ بَيْنَ يَدَيْهِ صُبَرٌ مِنَ التَّمْرِ قَدْ صَبَّرَ الْعَجْوَةَ فَجَعَلَهَا خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا وَجَعَلَ صُبْرَةَ الْكَبِيسِ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ وَجَعَلَ صُبْرَةَ الْعَذْقِ اثْنَىْ عَشَرَ صَاعًا، فَأَعْطَى صَاحِبَ التَّمْرِ دِينَارًا عَلَى أَنَّهُ يَخْتَارُ فَيَأْخُذُ أَىَّ تِلْكَ الصُّبَرِ شَاءَ.

قال مالك: فَهَذَا لا يَصْلُحُ(٢).

الشرح: وهذا كما قال، وهو مبنى على تحريم التفاضل فى التمر رطبه وتمره، فإذا كانت صبرة مختلفة المكيلة أو غير متيقنة التساوى، فقد باع بعضها ببعض لوجهين، أحدهما: أن ابتياعها قد يتناول كل واحدة من الصبر تناولاً واحدًا، فإذا عين منها صبرة، فقد ترك ما تناوله بيعه من غيره لما أخذ من الصبرة التى تخير.

والوجه الثانى: أن مبتاع التمر قد يأخذ صبرة العجوة، ويعيبها ثم يتركها، ويأخذ بدلا منها الكبيس أو العذق دون أن يعلم بذلك البائع، فيدخل ذلك التفاضل فى التمر، وإذا كان ذلك يكثر لترجيح الحوز والاختيار حمل عليه كل ما اشترى على ذلك.

مسألة: وهذا حكم ما يحرم فيه التفاضل إذا اختلفت مقاديره، فإن كان المبيع مما لا يحرم فيه التفاضل كالحيوان والثياب، وإن اختلفت أجناسه، واختلفت الأثمان، لم يجز الاختيار فيه، وسيأتى بيانه بعد هذا فى باب بيعتين فى بيعة.

وإن اتفقت أثمانه وأجناسه، فلا بأس بالاختيار فى ذلك مثل أن يقول له: بعتك أحد هذين الثوبين، أيهما شئت، يريد وسواء شرط الخيار فى عقد البيع أو لم يشترطه،

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١٦٨ - ١٦٩، وقال: لا أعلم خلافًا بين فقهاء الأمصار أنه لا يجوز لأحد أن يستثنى ثمر نخلات معدودات من حائط رجل غير معينات يختارها من جميع النخل. وكذلك لا يجوز ذلك عندهم فى ألوان النخيل، ولا فى الثياب، ولا فى العبيد، ولا فى شىء من الأشياء؛ لأنه بيع وقع على مالم يره، المتبايعان بعينه.
ومعلوم أن الاختيار لا يكون إلا فيما بعضه خير من بعض، وأفضل ولم يفسد البيع فى ذلك من جهة ما ذكره مالك أنه يدخله بيع الثمر بالتمر متفاضلاً.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١٦٩.

ولا يجوز عند الشافعى، شرط الخيار أو لم يشترطه. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشترط اختيار عبد من عبدين أو ثلاثة، ولا يجوز فى عبد من أربعة.

والدليل على ما نقوله أن كل جملة صح العقد على واحد منها معين صح العقد على واحد منها غير معين. أصله قفيز من صبرة.

مسألة: وسواء اختار معظم الجملة أو اشتراها بخلاف البيع، فإنه لا يجوز أن يكون له الاختيار إلا فى اليسير من الجملة.

والفرق بينهما أن ما يصير إلى المشترى، فإنما يصير إليه بعقد الشراء، وما يبقى بيد البائع، فإنه لا يتناوله العقد، فإذا كان البائع اختار معظم الجملة دخل الغرر ما يصير إلى المبتاع الجهالة بما يبقى بعد اختيار أكثر، فأبطل ذلك البيع، وإذا كان للمبتاع اختيار معظم الجملة دخل الغرر كما يبقى للبائع، فلم يبطل ذلك؛ لأنه لم يتناوله عقد.

مسألة: ومن ابتاع عشرة يختارها من غنم فوتها قبل اختياره، ففى كتاب محمد: له أن يختار عشرة من الأمهات دون الأولاد. وهذا عندى على قول أشهب فى أن الوطء يحدث فى مدة الخيار للبائع.

وأما على قول ابن القاسم، فيجب أن يكون الأولاد لمن صارت إليه الأمهات، وإذا كان ذلك فى الخيار، فبأن يكون فى الاختيار أولى وأحرى.

وسُئِلَ مَالِك عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِى الرُّطَبَ مِنْ صَاحِبِ الْحَائِطِ، فَيُسْلِفُهُ الدِّينَارَ، مَاذَا لَهُ إِذَا ذَهَبَ رُطَبُ ذَلِكَ الْحَائِطِ؟.

قال مالك: يُحَاسِبُ صَاحِبَ الْحَائِطِ، ثُمَّ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِينَارِهِ إِنْ كَانَ أَخَذَ بِثُلُثَيْ دِينَارٍ رُطَبًا، أَخَذَ ثُلُثَ الدِّينَارِ الَّذِى بَقِيَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ أَخَذَ ثَلاثَةَ أَرْبَاعِ دِينَارِهِ رُطَبًا، أَخَذَ الرُّبُعَ الَّذِى بَقِيَ لَهُ أَوْ يَتَرَاضَيَانِ بَيْنَهُمَا، فَيَأْخُذُ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِينَارِهِ عِنْدَ صَاحِبِ الْحَائِطِ مَا بَدَا لَهُ إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ تَمْرًا أَوْ سِلْعَةً سِوَى التَّمْرِ أَخَذَهَا بِمَا فَضَلَ لَهُ، فَإِنْ أَخَذَ تَمْرًا أَوْ سِلْعَةً أُخْرَى، فَلا يُفَارِقْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ مِنْهُ(١).

قال مالك: وَإِنَّمَا هَذَا بِمَنْزِلَةِ أَنْ يُكْرِيَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ رَاحِلَةً بِعَيْنِهَا أَوْ يُؤَاجِرَ غُلامَهُ الْخَيَّاطَ أَوِ النَّجَّارَ أَوِ الْعَمَّالَ لِغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الأَعْمَالِ أَوْ يُكْرِيَ مَسْكَنَهُ

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١٧١.

وَيَسْتَلِفَ إِجَارَةَ ذَلِكَ الْغُلامِ أَوْ كِرَاءَ ذَلِكَ الْمَسْكَنِ أَوْ تِلْكَ الرَّاحِلَةِ، ثُمَّ يَحْدُثُ فِي ذَلِكَ حَدَثٌ بِمَوْتٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَيَرُدُّ رَبُّ الرَّاحِلَةِ أَوِ الْعَبْدِ أَوِ الْمَسْكَنِ إِلَى الَّذِي سَلَّفَهُ مَا بَقِيَ مِنْ كِرَاءِ الرَّاحِلَةِ أَوْ إِجَارَةِ الْعَبْدِ أَوْ كِرَاءِ الْمَسْكَنِ يُحَاسِبُ صَاحِبَهُ بِمَا اسْتَوْفَى مِنْ ذَلِكَ إِنْ كَانَ اسْتَوْفَى نِصْفَ حَقِّهِ، رَدَّ عَلَيْهِ النِّصْفَ الْبَاقِيَ الَّذِي لَهُ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ، فَبِحِسَابِ ذَلِكَ، يَرُدُّ إِلَيْهِ مَا بَقِيَ لَهُ(٢).

الشرح: قوله: «**فيمن ابتاع من صاحب الحائط طعامًا من تمره، إذا فنى تمر الحائط، يرجع عليه بما بقى له من التمر الذى دفع إليه**»؛ لأنه إنما اشترى منه تمرًا معينًا، فلما عدم قبل أن يستوفى منه ما اشترى، انتقض البيع فى ذلك المقدار الذى بقى له، فلم يكن له الرجوع بحصة من الثمن، ولا يجب تأخيره؛ ليأخذ بدله من تمر ذلك الحائط فى العام المقبل، بل يجوز ذلك، ولو اتفقا عليه؛ لأنه سلم فى تمر حائط معين قبل بدو صلاحه، وفسخ ما وجب له عن دين الغير فى دين تمره، وله أن يأخذ منه بما بقى له شيئا معينًا تمرًا أو غيره، مما يؤكل أكثر من المكيلة التى فسخ فيها البيع، أو أقل يتنجز أخذه، ولا يتأخر على حسب ما تقدم.

فصل: وقوله: «**وإنما ذلك بمنزلة أن يكرى الرجل الرجل راحلته أو يؤاجر عبده الخياط، ويقبض الأجرة، ثم تموت الراحلة أو العبد قبل استيفاء العمل، فإنه يرد ما بقى**

---

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٧٢/١٩، وقال: هذا ما لا خلاف فيه، فيسقط عنه الكلام عليه؛ فقد اختلف قول مالك، وأصحابه فيمن سلم فاكهة فانقضى أيامها قبل أن يستوفى ما أسلم فيه منها: فذكر سحنون، عن ابن القاسم أم مالكًا اختلف قوله فى ذلك، فمرة قال: يصبر بقى له مكن السنة إلى السنة القابلة. ثم رجع فقال: لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله. قال ابن القاسم: وأنا أرى أنه بالخيار إن شاء أن يؤخذه بما بقى عليه من الفاكهة إلى قابل أخره، وإن شاء أخذ بقية رأس ماله. وقال سحنون: ليس لواحد منهما خيار وإنما له أن يأخذ حقه من الفاكهة متأخرة إلى قابل، ولو كان له خيار لكان فسخ الدين فى الدين. وقال ابن أشهب: هما مجبوران على الفسخ، ولا يجوز لهما التأخير. وأما الشافعى فقال: من أسلم فى رطب أو عنب، فنفد حتى لا يبقى منه بالبلد الذى سلف منه شيء كان المسلف منه بالخيار بين أن يرجع بما بقى من سلفه حصته، أو يؤخر ذلك إلى رطب قابل. قال: وقد قيل: ينفسخ بحصته، والله أعلم. قال أبو عمر: إذا انفسخ ارتفع الخيار؛ ولم يكن له إلا أخذ رأس ماله أو ما بقى له منه بعد المحاسبة. وقال أبو حنيفة وأبو سيف، ومحمد: إذا لم يقبض المسلم السلم حتى فات، ولم يوجد مثله، فالمسلم بالخيار، إن شاء فسخ السلم، واسترجع رأس ماله، وإن شاء صبر إلى وجود مثله، فإن صبر إلى وجود مثله، أخذ المسلم إليه به حينئذ. انتهى.

عليه من الكراء، ولا ينظر فى هذا إلى قليل ما استوفى وكثيره»؛ لأنه قد فات بالاستيفاء والقبض، فسواء استوفى أكثره أو أقله، فإنما يرجع بما بقى له من العوض.

قال مالك: وَلا يَصْلُحُ التَّسْلِيفُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا يُسَلَّفُ فِيهِ بِعَيْنِهِ إلا أَنْ يَقْبِضَ الْمُسَلِّفُ مَا سَلَّفَ فِيهِ عِنْدَ دَفْعِهِ الذَّهَبَ إِلَى صَاحِبِهِ يَقْبِضُ الْعَبْدَ أَوِ الرَّاحِلَةَ أَوِ الْمَسْكَنَ أَوْ يَبْدَأُ فِيمَا اشْتَرَى مِنَ الرُّطَبِ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ عِنْدَ دَفْعِهِ الذَّهَبَ إِلَى صَاحِبِهِ لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ تَأْخِيرٌ وَلا أَجَلٌ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: أُسَلِّفُكَ فِي رَاحِلَتِكَ فُلانَةَ أَرْكَبُهَا فِي الْحَجِّ، وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَجِّ أَجَلٌ مِنَ الزَّمَانِ أَوْ يَقُولَ مِثْلَ ذَلِكَ فِي الْعَبْدِ أَوِ الْمَسْكَنِ، فَإِنَّهُ إِذَا صَنَعَ ذَلِكَ كَانَ إِنَّمَا يُسَلِّفُهُ ذَهَبًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ وَجَدَ تِلْكَ الرَّاحِلَةَ صَحِيحَةً لِذَلِكَ الأَجَلِ الَّذِي سَمَّى لَهُ، فَهِيَ لَهُ بِذَلِكَ الْكِرَاءِ، وَإِنْ حَدَثَ بِهَا حَدَثٌ مِنْ مَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ، رَدَّ عَلَيْهِ ذَهَبَهُ، وَكَانَتْ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ السَّلَفِ عِنْدَهُ.

قال مالك: وَإِنَّمَا فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ الْقَبْضُ مَنْ قَبَضَ مَا اسْتَأْجَرَ أَوِ اسْتَكْرَى، فَقَدْ خَرَجَ مِنَ الْغَرَرِ وَالسَّلَفِ الَّذِي يُكْرَهُ، وَأَخَذَ أَمْرًا مَعْلُومًا، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ الْعَبْدَ أَوِ الْوَلِيدَةَ، فَيَقْبِضَهُمَا، وَيَنْقُدَ أَثْمَانَهُمَا، فَإِنْ حَدَثَ بِهِمَا حَدَثٌ مِنْ عُهْدَةِ السَّنَةِ أَخَذَ ذَهَبَهُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي ابْتَاعَ مِنْهُ، فَهَذَا لا بَأْسَ بِهِ، وَبِهَذَا مَضَتِ السُّنَّةُ فِي بَيْعِ الرَّقِيقِ(١).

قال مالك: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ أَوْ تَكَارَى رَاحِلَةً بِعَيْنِهَا إِلَى أَجَلٍ يَقْبِضُ الْعَبْدَ أَوِ الرَّاحِلَةَ إِلَى ذَلِكَ الأَجَلِ، فَقَدْ عَمِلَ بِمَا يَصْلُحُ، لا هُوَ قَبَضَ مَا اسْتَكْرَى أَوِ اسْتَأْجَرَ وَلا هُوَ سَلَّفَ فِي دَيْنٍ يَكُونُ ضَامِنًا عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ(٢).

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١٧٥، وقال: لم يخف مالك، رحمه الله، أن يدخل فى عهدة السنة معنى البيع والسلف، لأن ذلك كالنادر، وخافه فيمن شرط النقد فى عهدة الثلاث، فلم يجزه، وكذلك فى المواضعة.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/١٧٥.

الشرح: قوله: «**أنه لا يصلح أن يسلف في شيء بعينه إلا أن يقبض عند دفعه الذهب، ما سلف فيه من العبد أو الرحلة أو المسكن أو يبدأ بأخذ ما سلم فيه من الرطب، لا يصلح في شيء من ذلك تأخير ولا أجل**»[٣] يريد والله أعلم التأخير البين الذي يكون في مثله الغرر، ولا بأس أن يتأخر قبض العبد الأيام التي لا غرر فيها، وأما التمرة من الحائط المعين، ففي المدونة: لا بأس يضربا لقبض ذلك أجلاً، والخمسة عشر يومًا قريب.

فصل: وقد مر تفسير ما كره من ذلك أن يسلف الرجل في الراحلة المعينة يحج عليها، وبين الحج أجل من الزمان، وقيل ذلك في المسكن أو العبد، وكأنه إنما يسلفه ذهبا على أنه إن وجدت تلك الراحلة صحيحة عند الأجل، فهي له بذلك الكراء، وإلا رد عليه ذهبه، وكانت سلفًا عنده خص هاهنا المنع بالنقد دون العقد.

وقد قال في المدونة: لابأس أن يعجل النقد في راحلة اكتراها بعينها، ليركبها بعد اليومين والأمر القريب، فإن تباعد، فلا خير فيه، ولا بأس في قول مالك، أن يكتريها ليركبها بعد شهر أو شهرين، ما لم ينقد. وقال غيره: لا يجوز.

فوجه رواية ابن القاسم أنه إذا لم ينقده الكراء، فليس فيه ما يكون مرة كراء، ومرة سلفًا.

---

(٣) قال في الاستذكار ١٧٦/١٩: أما قول: لا يصلح التسليف في شيء بعينه، فإن الأمة مجتمعة على أن السلف لا يكون في شيء بعينه، وإنما التسليف في صفة معلومة، لا يستكيل كيلا، أو وزنا، أو شيئا موصوفا مضمونا في الذمة إلى أجل معلوم.

وأما قوله: إلا أن يقبض المسلف ما سلف فيه عند دفعه الذهب إلى صاحبه. والمعنى في ذلك أن من اشترى شيئا بعينه، لا يمكن قبضه رجعة واحدة، وإنما يقبض شيئا بعد شيء في الرطب، وما كان مثله، أو كإجازة العبد، أو الدابة، فإنه لا يجوز أن يشتريه بدين إلى أجل أنه كالدين بالدين، ولا يجوز أن يشتريه بنقد، ولا يشرع في قبض ما يمكن قبضه، أو قبض أصله الذي إليه ذهب وإليه يقصد إلى شراء منفعته كالإجارة؛ لأنه إن لم يقبضه لم يؤمن عليه الهلاك قبل القبض، فيكون البائع قد انتفع بالثمن. من غير عوض، وأنه أيضا يشبه البيع، والسلف المنهي عنه.

ولا أعلم خلافًا أنه لا يجوز شراء عين مرئية غير مأمون هلاكها بشرط تأخير قبضها إلى أجل لا يؤمن قبله ذهابها؛ لأنه من بيوع الغرر المنهي عنها. وقد أجمعوا أن من شرط بيع الأعيان تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة فيه نقدًا كان الثمن أو دينا. إلا أن مالكًا، وربيعة، وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية المرتفعة على شرط المواضعة، ولم يجيزوا فيها النقد. وأبى ذلك جمهور أهل العلم؛ لما في ذلك من عدم التسليم إلى ما يدخله من الدين في الدين. انتهى.

ووجه قول الغير أن الغرر متعلق باكتراء معين لا يقبض إلا إلى أجل بعيد، وهذا المعنى باق فى المسألة وإن عريت من النقد.

فصل: وقوله: «وإنما فرق بين ذلك القبض من قبض ما استأجر، فقد خرج من الغرر والسلف الذى يكره كالذى يشترى العبد، فينقد ثمنه، ويقبضه، فإن حدث به حدث فى عهدة السنة أحرز منه، فهذا لا بأس به» يريد أنه فرق بين ذلك فيما لا يكثر فيه الغرر بالقبض، وذلك أنه من استأجر دابة يركبها بعد مدة أو عبدًا يستخدمه بعد مدة، ونقد ثمنه، فإنه يدخله الغرر المفسد للعقد لعدم القبض فيه، ولو قبضه مع تعاقد الكراء عليه؛ لزال هذا النوع من الغرر.

وإن كنا نعلم إذا استأجر لخدمة سنة أو أكثر أنه تأخر، قبض باقى الخدمة، وقد يجوز مالك استئجاره لعشرين سنة، وقد تضمنه فى أثناء ذلك ما يمنع استيفاء عمله من مرض أو موت أو إباق مما يوجب الرجوع على سيده بالأجرة التى أخذها عوضًا من عمله الكراء القبض بعينه، قام بعينه مقام القبض بجميع منفعته، فى نفى هذا النوع من الغرر عنه؛ لأن ذلك أكثر ما يمكن أن يتحرز به فيه.

وهذا كما يقول أنه من ابتاع عبدًا معينًا لا يقبضه إلى سنة، ونقد ثمنه، أنه لا يجوز ذلك، ولو اشتراه فقبضه ونقد ثمنه، جاز، وإن كنا نعلم أن ما أصابه فى أثناء السنة من جنون أو جذام أو برص، فإنه يوجب للمبتاع الرجوع بالثمن على بائعه.

قلت: إن المصحح لهذا المعنى قبض المبيع، فهذا معنى قول مالك، وما أشار إليه، والله أعلم وأحكم.

* * *

بيع الفاكهة

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنِ ابْتَاعَ شَيْئًا مِنَ الْفَاكِهَةِ مِنْ رَطْبِهَا أَوْ يَابِسِهَا، فَإِنَّهُ لا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، وَلا يُبَاعُ شَىْءٌ مِنْهَا بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إلا يَدًا بِيَدٍ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِمَّا يَيْبَسُ، فَيَصِيرُ فَاكِهَةً يَابِسَةً تُدَّخَرُ وَتُؤْكَلُ، فَلا يُبَاعُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إلا يَدًا بِيَدٍ وَمِثْلا بِمِثْلٍ، إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَلا بَأْسَ بِأَنْ يُبَاعَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلا يَصْلُحُ إِلَى أَجَلٍ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِمَّا لا يَيْبَسُ وَلا يُدَّخَرُ، وَإِنَّمَا يُؤْكَلُ رَطْبًا كَهَيْئَةِ الْبِطِّيخِ وَالْقِثَّاءِ وَالْخِرْبِزِ

وَالْجَزَرِ وَالأُتْرُجِّ وَالْمَوْزِ وَالرُّمَّانِ وَمَا كَانَ مِثْلَهُ، وَإِنْ يَبِسَ لَمْ يَكُنْ فَاكِهَةً بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَيْسَ هُوَ مِمَّا يُدَّخَرُ، وَيَكُونُ فَاكِهَةً، قَالَ: فَأَرَاهُ خَفِيفًا أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الأَجَلِ، فَإِنَّهُ لا بَأْسَ بِهِ.

الشرح: قوله رحمه الله: «**من ابتاع شيئا من الفواكه، رطبها أو يابسها، فإنه لا يبيعه حتى يستوفيه**» لما فيه من حق توفيته بوزن أو كيل أو عدد، ونص على الفواكه فى هذه المواضع؛ ليلحقها بما تقدم من قوله فى الطعام المقتات، وهذا هو المشهور من المذهب، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه.

فصل: قوله: «**ولا يباع بعضه ببعض إلا يدًا بيد**» يريد بجنسه أو بغير جنسه، لأن حكم التناجز لا يختص بالجنس، وإن اختص به التفاضل، ولذلك جاز بيع الذهب بالورق متفاضلاً، وشرط فيه المناجزة.

فصل: وقوله: «**وما كان منها مما ييبس، فيصير فاكهة يابسة يدخر، ويؤكل، فلا يباع بعضه ببعض، مثلاً بمثل إذا كان صنفًا واحدًا**» جعل هاهنا علة تحريم التفاضل اليبس والادخار للأكل، وقد تقدم ذكره مع ما له فى ذلك من القولين الآخرين أن العلة الاقتيات، وأن العلة الادخار للاقتيات، وعلى حسب هذا تختلف أجوبته وأجوبة أصحابنا فى فرع مسائل هذا النوع.

فصل: وقوله: «**وإن كان مما ييبس ويدخر، وإنما يؤكل رطبًا كالبطيخ والقثاء والخربز والأترج والموز والرمان، وما كان مثله، وإن يبس لم يكن فاكهة بعد ذلك، فليس هو مثل ما يدخر، ويكون فاكهة يجوز فيه التفاضل**» يريد أن هذه الفاكهة التى نص عليها ليست مما ييبس، ويدخر، وما يبس من ذلك لم يكن فاكهة بعد اليبس؛ فهذا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد.

وقد قال فى المزابنة: أجاز مالك فيها التفاضل، وإن كانت من صنف واحد. قال: البطيخ والخربز والقثاء، وما أشبه ذلك، والخوخ والرمان والأجاص، وعيون البقر والموز، فهذا كله يجوز فيه التفاضل إذا كان رطبًا كله.

وروى يحيى عن ابن نافع: الخوخ، والرومان، والأجاص، وعيون البقر، والموز مما يدخر وييبس، فلا يباع بعضه ببعض متفاضلاً إلا مثلاً بمثل، إن كان رطبًا كله.

* * *

بيع الذهب بالورق عينا وتبرا

١٣٠٠ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ قَالَ: أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ السَّعْدَيْنِ(١) أَنْ يَبِيعَا آنِيَةً مِنَ الْمَغَانِمِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ، فَبَاعَا كُلَّ ثَلاثَةٍ بِأَرْبَعَةٍ عَيْنًا أَوْ كُلَّ أَرْبَعَةٍ بِثَلاثَةٍ عَيْنًا، فَقَالَ لَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرْبَيْتُمَا، فَرُدَّا».

١٣٠٠ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٢٨٣.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٧١/٨، ٧٢: وهذا الحديث لا أعلمه يستند بهذا اللفظ في ذكر السعدين. وقد رواه الليث بن سعد، وعمرو بن الحارث، عن يحيى بن سعيد، عن عبد الله ابن أبي سلمة، ولم يذكر مالك عبد الله بن أبي سلمة، وعنه رواه يحيى بن سعيد. وذكره ابن وهب - يعني الحديث المذكور أعلاه - قال: أخبرني الليث بن سعد، وعمرو بن الحارث، عن يحيى بن سعيد، أنه حدثهما أن عبد الله بن أبي سلمة، حدثه أنه بلغه «أن رسول الله ﷺ عام خيبر، جعل السعدين على المغانم...» فذكر الحديث. ثم قال: وأحد السعدين: سعد بن مالك، هكذا جاء في هذا الإسناد في آخر الحديث أن أحد السعدين: سعد بن مالك، وقال: ولا أعلم في الصحابة سعد بن مالك، إلا سعد بن أبي وقاص، وأبا سعيد الخدري، فأما سعد بن أبي وقاص، فهو سعد بن مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة أبو إسحاق، وأما أبو سعيد الخدري، فهو سعد بن مالك بن سنان الأنصاري من بني خدرة، ويبعد عندي أن يكون أحد السعدين أبا سعيد الخدري لصغر سنه، والأظهر والأغلب أنه سعد بن أبي وقاص. وأما الآخر: فلم يختلفوا أنه سعد بن عبادة بن دليم الأنصاري الخزرجي، فعلى هذا أحد السعدين مهاجري، والآخر أنصاري، وقد قيل: إن السعدين المذكورين في هذا الخبر هما: سعد بن معاذ، وسعد بن عبادة، وزعم قائل ذلك أنهما السعدان المعروفان في ذلك الزمان، واحتج بالخبر المأثور أن قريشا سمعوا صائحا يصيح ليلا على أبي قبيس:

فإن يسلم السعدان يصبح محمد ... بمكة لا يخشى خلاف المخالف

قال: فظنت قريش أنهما سعد بن زيد مناة بن تميم، وسعد هذيم من قضاعة، فلما كان الليلة الثانية، سمعوا صوتا على أبي قبيس:

أيا سعد الأوس هل كنت ناصرا ... ويا سعد الخزرجيين الغطارف
أجيبا إلى داعي الهدى وتمنيا ... على الله في الفردوس منية عارف
فإن ثواب الله للطالب الهدى ... جنان من الفردوس ذات رفارف

قال: فقالوا: هذان والله سعد بن معاذ، وسعد بن عبادة. قال ابن عبد البر: هذا غلط لا يجوز أن يكون سعد بن معاذ أحد السعدين المذكورين في هذا الباب؛ لأن سعد بن معاذ توفي بعد الخندق بيسير من سهم أصابه يوم الخندق، ولم يدرك خيبر؛ والقول الأول أولى وأصح، انتهى باختصار.

الشرح: قوله: «**أمر رسول الله ﷺ السعدين أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة**» من باب الوكالة فى المراطلة بالذهب، والمبادلة، ومن شرط صحتها أن يتولى قبض العوض فيها من عقدها، فإن عقد هو الصرف، ووكل من يقبض، أو وكل من يصرف، ويقبض هو، فابن المواز حكى عن مالك: لا يجوز شيء من ذلك، وهذا إذا فارق الذى عقد الصرف قبل أن يقبض الآخر؛ لأن من عقد الصرف قد فارق من صارفه قبل القبض، وإنما يراعى فى فساده مفارقة العاقد قبل القبض.

مسألة: فإن عقد الصرف، ودفع الدينار، وأحال عليه من يقبض منه الدراهم ثم فارقه قبل القبض، فلا خلاف فى أنه لا يجوز، وإن قضاه قبل مفارقة المصارف له، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: لا خير فى ذلك، سواء أحال بجميع الدراهم أو ببعضها. وروى زيد بن بشر عن ابن وهب: لا بأس به.

وقال أشهب: لا يفسخ ذلك، إلا أن يفارقه قبل قبض المحال بالدراهم، سواء ثبت دين المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده.

فقول ابن القاسم مبنى على أن من شرط الصرف أن يقبض العاقد العوض.

وعند أشهب من شرطه أن لا يفارقه قبل القبض، سواء قبض هو أو غيره بمنزلة الإقالة فى السلم.

والفرق عند ابن القاسم بين ذلك، وبين الصرف، أن الصرف أشد؛ لأن سرعة القبض فيه معتبرة لنفسها، لا لمعنى غيرها والإقالة فى السلم، لم يلزم القبض فيها التفرق؛ لأن ذلك مقتضى عقد الإقالة بدليل جواز تأخير القبض فى الإقالة من الأعيان، وإنما يلزم ذلك فيها؛ لئلا يؤول إلى فسخ دين فى دين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان دينار بين رجلين صرفاه من رجل بدراهم، ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم، وانقلب هو قبل القبض، إن ذلك جائز، إن قبض الثانى قبل أن يفارق الصراف، حكاه ابن المواز عن ابن القاسم، قال: وكذلك الحلى.

ووجه ذلك أنه لما كان لكل واحد منهما حصة فى الدينار، كان كل واحد منهما قد باع جميعه، فجاز له قبض الثمن، ولم يفسده مفارقة صاحبه الصراف، ولو باع رجل دينارًا من رجلين، فوكل أحدهما الآخر على قبضه، جاز ذلك. قال محمد: وذلك إذا اشتركا فى الدراهم قبل الصرف.

وأما إن كان أحدهما دفع إليه عشرة دراهم، ودفع الآخر إليه مثلها، ثم أراد أن يدفع إليها بذلك دينارًا، لم يجز؛ لأن كل واحد منهما لا يصح منه القبض.

فصل: وقوله: «**أن يبيعا آنية من المغانم من ذهب أو فضة**» ظاهر لفظ آنية يقتضى صحتها، وبقاء صياغتها، ويؤكد هذا الظاهر أنهما باعا كل ثلاثة بأربعة، وذلك يقتضى جواز اتخاذ ذلك؛ لأن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه، بل لا يجوز إقراره، ولا تملكه، ولما أمر النبى ﷺ ببيعها، ولم يأمر بإتلاف صياغتها، اقتضى ذلك بيعها على هيئتها، وذلك معنى اتخاذها.

وقد قال مالك فى كتاب الزكاة من المدونة، فى الرجل يشترى آنية ذهب أو فضة زنتها، أقل من قيمتها: يزكى وزنها، فجعل للصياغة قيمة، وذلك يقتضى إباحتها.

وقال فى الصرف فى المدونة: كان مالك يكره هذه الأشياء التى تصاغ من الفضة والذهب كالأبارق والمداهن والمجامر والأقداح، فيحتمل أن يريد بذلك كراهية بيعها بجنسها متفاضلاً أو كراهية استعمالها، فيحتمل أن يريد كراهية اتخاذها.

فأما استعمالها، فلا خلاف فى المذهب فى تحريمه، وهو قول جمهور الفقهاء، وأما اتخاذها، فقد ذكر فيه عن مالك ما تقدم.

فصل: وقوله: «**فباعا كل ثلاثة بأربعة عينًا، وكل أربعة بثلاثة عينًا، فقال لهما رسول الله ﷺ: أربيتما، فردا**» يقتضى منع الزيادة فى الذهب والورق بالورق، وذلك أن هذين لا يجوز بينهما التفاضل فى الجنس، ولا خلاف فى ذلك إلا ما يروى عن ابن عباس.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور قول الله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والربا الزيادة. وما روى عن ابن عمر «الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما هذا عهد نبينا الينا، وعهدنا إليكم».

وقد روى أن ابن عباس رجع عنه، وسواء تبره ومسكوكه ومصوغه، وجيده ورديئه، فى وجوب التساوى وتحريم التفاضل.

مسألة: ولا اعتبار بالسكة ولا بالصياغة فى شىء من ذلك فإن كانت المصوغة أدون ذهبًا والتبر أفضل، فلا بأس بذلك، لأن الصياغة تبع ملغى غير مؤثر كالجودة، ولو ثبت له فى ذمته ذهب مصوغ أو مسكوك، فأراد أن يقبضه عنه تبرًا أفضل ذهبًا،

لم يجز ذلك؛ لأن الصياغة قد ثبتت له فى ذمته، فصارت حقًا له ثم تركها عوضًا عن جودة الذهب التبر، فدخل ذلك التفاضل؛ لأنه صياغة وذهب بذهب، وليس كذلك المراطلة، فإن الصياغة لم تثبت فى ذمته، فلا تأثيرها.

فصل: وقوله: «**أربيتما، فردا**» يريد والله أعلم وأحكم أفضلتما فيما يحرم فيه التفاضل وعلة الربا فى الذهب والفضة أنهما أصول الأثمان، وقيم المتلفات، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: علتهما الوزن.

والدليل على إبطال مذهبه فى أن الحديد والكحل فيه الربا، أن ما لا يثبت الربا فى مصوغه لا يثبت فى غير مصوغه كالتراب.

والدليل على إبطال علتهم أنه لو كانت علة الربا فى الورق والذهب، الوزن؛ لما جاز أن يسلم فى موزون؛ لأن كل عينين جمعتهما علة واحدة فى الربا، لم تعلم إحداهما فى الأخرى كالذهب والفضة، ولما أجمعنا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة فى الموزون علمنا أنه لم يجمعهما علة الربا.

فصل: وقوله: «**فردا**» أمرهما برد البيع، ولم يسئلهما عن فواته، والذهب المبيع على ضربين، مصوغ وغير مصوغ، فأما المصوغ، فإنه لا يفوت البيع فيه بوجه، ولابد من رد فاسده؛ لأنه مما له مثل، وقد قدمنا أن ما له مثل لا يفوت بفوات عينه؛ لوجود مثله.

وأما المصوغ، فاختلف أصحابنا فيه، فحكى ابن المواز أنه إن باعه جزافًا، أنه تفيته حوالة الأسواق، وإن كان سيفًا على قبضته الأكثر، لم تفته حوالة الأسواق، ويفيته البيع والتلف، أو قلع قبضته، فيرد قيمته. قال محمد: وليس بالقياس، والذى حكى محمد فى مسألة السيف هو مذهب ابن القاسم فى المدونة، وهى رواية تخالف ما ذكره فى الحلى.

ووجه ما ذكره فى مسألة الحلى أن هذا غير مكيل ولا موزون، ففات بحوالة الأسواق كصبرة القمح.

ووجه رواية ابن القاسم أن العين لا قيمة له، فلما كانت عينه موجودة، وجب رده؛ لأن الأشياء تقوم به، ولا يقوم هو بغيره، فلا تتغير قيمته بتغير الأسواق. وأما نقصه، فقد غير عين المبيع لما أدخل نقصًا، فلزمته القيمة. وقد قال سحنون فى مسألة السيف: لا تفوت بالبيع. ويحتمل تخصيص ذلك بالعين خاصة.

فإن قلنا إن ذلك حكم كل بيع فاسد، فوجهه أن البيع الثانى فرع الأول، فإذا لم يصح الأول بوجه من وجوه الصحة، لم يصح الثانى، فوجب نقضهما، وإن قلنا إن ذلك يختص بالعين، فإنه لا تختلف قيمته بوجه، فلم يفت مع بقاء عينه، والأظهر أن المصوغ تعتبر قيمته؛ لأنه لو أتلفه إنسان لوجبت عليه قيمته.

١٣٠١ - مَالِك، عَنْ مُوسَى بْنِ أَبِى تَمِيمٍ، عَنْ أَبِى الْحُبَابِ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ لا فَضْلَ بَيْنَهُمَا».

الشرح: قوله ﷺ: **«الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما»** يريد إيجاب التساوى، وتحريم التفاضل فى كل شىء من ذلك بجنسه، وبدل الدنانير، والدراهم، على وجهين، أحدهما: وزنًا. والثانى: عددًا.

فأما الوزن، فلا يجوز فيه إلا التساوى، ولا تجوز فيه زيادة على وجه معروف، ولا بمسامحة، ولا يجوز أن يكون مع أحدهما زيادة من جنسه؛ لأن العوض الآخر يقسط على الذهب، والزيادة التى معها، فيؤدى إلى التفاضل فى الذهب.

واختلف قول مالك فى الرجل يأتى دار السكة، فيدفع إليهم فضة وزنًا، ويأخذ منهم وزنًا دراهم، ويعطيهم أجرة العمل، فقال مرة: أرجو أن يكون خفيفًا. وذكره ابن المواز ورواه عيسى عن ابن القاسم، ومنع من ذلك عيسى بن دينار، وحكاه ابن حبيب عن جماعة من أصحاب مالك، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه رواية الجواز على الكراهية ما احتج به من ضرورة الناس إلى الدراهم، وتعذر الصرف إلا فى ذلك مع حاجة الناس إلى الاستعجال، وانحفاز المسافر للمرور مع أصحابه، وخوفه على نفسه فى الانفراد، ويخاف إن غاب عنه ذهبه أن لا يعطاه، ويمطل به، والضرورة العامة تبيح المحظور. وأما اليوم، فقد صار الضرب بكل بلد، واتسع الأمر، فلا يجوز له.

١٣٠١ - أخرجه مسلم كتاب المساقاة برقم ٨٥، ١٣١٣/٣، عن أبى هريرة. النسائى ٢٧٨/٧ كتاب البيوع باب بيع الدينار، عن أبى هريرة. ابن ماجه برقم ٢٢٦١ جـ٢/٧٦٠ كتاب التجارات باب صرف الذهب، عن عمر بن محمد بن على بن أبى طالب، عن أبيه، عن جده. أحمد ٣٧٩/٢، عن أبى هريرة. البيهقى ٢٧٨/٨، عن أبى هريرة. الحاكم ٢٠/٢، عن أبى سعيد. الطبرانى فى الكبير ٢٦٩/١٩، عن أبى سعيد. ابن أبى شيبة ١٠١/٧، عن أبى سعيد. البغوى بشرح السنة ٦٣/٨، عن أبى هريرة. البخارى فى تاريخه ٤٨/٩.

ووجه رواية المنع أنه لا يخلو أن يكون بيعًا أو إجارة، فإن كان بيعًا، ففيه التفاضل في الذهب، وإن كان إجارة، فهو إجارة، وسلف، وذلك غير جائز في الوجهين. وأما الصائغ، فلا يجوز ذلك معه قولاً واحدًا، قاله ابن حبيب في واضحته.

مسألة: وأما المبادلة بالعدد، فإنه يجوز ذلك، وإن كان بعضها أوزن من بعض في الدينار والدينارين على سبيل المعروف والتفضل، وليس ذلك من التفاضل؛ لأنهما لم يبنيا على الوزن، ولهذا النوع من المال تقديران، الوزن والعدد، فإن كان الوزن أخص به وأولى فيه، إلا أن العدد معروف، فإذا عمل فيه على العدد جوز يسير الوزن زيادة على سبيل المعروف، ما لم يكن في ذلك وجه من المكايسة، والمغابنة، فيمنع منه.

وهذا عندنا مبني على مسألة العرية، وذلك أن العرية لما كان للثمرة تقديران، أحدهما: الكيل، والآخر: الخرص والتحري، جاز العدول عن أولهما إلى الثاني للضرورة على وجه المعروف، فكذلك الدنانير والدراهم.

مسألة: وهذا إذا كانت الدنانير كلها سواء، فإن كانت متفاضلة في الجودة، فلا يخلو أن تكون الوازنة أدنى ذهبًا أو أفضل، فإن كانت أدنى ذهبًا، لم يجز؛ لأنه أخذ فضل صاحبه في زيادة وزن ذهبه، وإن كانت الوزانة أفضل ذهبًا، فإن مالكًا كرهه، وجوزه ابن القاسم.

وجه قول مالك أن المبادلة إنما جازت فيها على وجه المعروف، فإذا اختلفت أعيانها، وجب أن لا يجوز كالعرية لما كان طريقها البدل على وجه المعروف، لم يجز أن يشترط فيها غير مثل الثمرة، لا أفضل ولا أدون.

ووجه قول ابن القاسم البعد عن التهمة؛ لكون فضل الجودة والوزن من جهة واحدة، ولا يحتمل ذلك غير مجرد التفضل.

فرق: فإن قلنا بقول مالك، فإنه يجوز أن يأخذ الجداد من غير جنس العرية؛ لأنهما لم يعقدا البيع على ذلك، وفي مسألتنا عقد البيع عليه، فوزانه أن يعقدا بيع العرية على غير الجنس، فلا يجوز.

وفي العتبية فيمن أبضع مع رجل دينارًا، فلا بأس أن يبدله بأجود منه عينًا ووزنًا. قال: ويعلم صاحبه، ومعنى ذلك أنه لم ينعقد فيه صرف ولا بدل، وإنما هو معروف.

مسألة: ولا يجوز هذا فى كثير الذهب العشرة دنانير ونحوها؛ لأن ما كان هذا حكمه من المعروف، فإنه يختص باليسير دون الكثير كبيع العرية.

١٣٠٢ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ أَبِى سَعِيدٍ الْخُدْرِىِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلا تَبِيعُوا مِنْهَا شَيْئًا غَائِبًا بِنَاجِزٍ»(*).

الشرح: قوله ﷺ: **«لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل»** عام فى جميع أنواعه من التبر والمسكوك والمصوغ والجيد والردىء.

وقوله ﷺ: **«ولا تشفوا[1] بعضها على بعض»** يقتضى المنع من يسير الزيادة لأن الشفوف إنما يستعمل فى يسير الزيادة.

١٣٠٢ - أخرجه البخارى كتاب البيوع باب ٧٨ بيع الفضة بالفضة ١٥٤/٣، عن أبى سعيد الخدرى. مسلم كتاب المساقاة برقم ٧٥، ١٢٠٨/٣ باب الربا، عن أبى سعيد الخدرى. الترمذى برقم ١٢٤١ جـ٥٣٢/٣ كتاب البيوع باب الصرف، عن أبى سعيد الخدرى. النسائى ٢٧٨/٧ كتاب البيوع باب بيع الذهب، عن أبى سعيد الخدرى. البيهقى ٢٧٦/٥، عن أبى سعيد.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٧٦/٨: لم يختلف الرواة، عن مالك فى هذا الحديث، وكذلك رواه أيوب، وعبيدالله، عن نافع، عن أبى سعيد الخدرى، كما رواه مالك، وهو الصحيح فى ذلك، ورواه ابن عون، عن نافع، قال: جاء رجل إلى عبد الله بن عمر، فحدثه عن أبى سعيد الخدرى، عن النبى ﷺ فذكر الحديث فى الصرف هكذا رواه جماعة، عن ابن عون، ليس فيه سماع لنافع، من أبى سعيد، ولا لابن عمر من أبى سعيد، وإنما فيه أن رجلا حدثه، عن أبى سعيد بهذا الحديث، والرجل قد سماه يحيى بن سعيد فى حديثه، عن نافع، رواه يزيد بن هارون، عن يحيى ابن سعيد، أنه أخبره أن نافعا أخبره أن عمرو بن ثابت العتوارى، ذكر لعبد الله بن عمر، أنه سمع أبا سعيد الخدرى يحدث بهذا الحديث، ولم يجود يحيى بن سعيد، ولا ابن عون هذا الحديث؛ لأن فيه أن ابن عمر لما حدثه هذا الرجل بهذا الحديث عن أبى سعيد، قام إلى أبى سعيد ومضى معه نافع، فسمعا الحديث من أبى سعيد، وقد جود ذلك عبيد الله بن عمر، ورواه خصيف الجزرى، وعبد العزيز بن أبى رواد المكى، عن نافع، عن ابن عمر، عن أبى سعيد الخدرى، وليس بشىء، وإنما الحديث لنافع، عن أبى سعيد، سمعه معه ابن عمر على ما قال عبيدالله.

(١) ولا تشفوا: بضم التاء وكسر الشين المعجمة وتشديد الفاء، أى لا تفضلوا، وبكسر الشين، أى الزيادة.

وأما قوله ﷺ: «**ولا تبيعوا منها غائبا بناجز**» فإنه منع الناس فيها والعقد على غائب حين العقد منهما لأن الغائب ما غاب عن العقد المذكور، وفائدة ذلك أن التقابض فى العوضين منهما شرط فى صحة العقد عليهما لأنهما محال أن يشترط حضورهما العقد ويؤخر قبضهما.

١٣٠٣ - مَالِك، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ، عَنْ مُجَاهِدٍ أَنَّهُ قَالَ: كُنْتُ مَعَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَجَاءَهُ صَائِغٌ، فَقَالَ لَهُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، إِنِّى أَصُوغُ الذَّهَبَ، ثُمَّ أَبِيعُ الشَّىْءَ مِنْ ذَلِكَ بِأَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهِ، فَأَسْتَفْضِلُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرَ عَمَلِ يَدِى، فَنَهَاهُ عَبْدُ اللَّهِ عَنْ ذَلِكَ، فَجَعَلَ الصَّائِغُ يُرَدِّدُ عَلَيْهِ الْمَسْأَلَةَ، وَعَبْدُ اللَّهِ يَنْهَاهُ حَتَّى انْتَهَى إِلَى بَابِ الْمَسْجِدِ، أَوْ إِلَى دَابَّةٍ يُرِيدُ أَنْ يَرْكَبَهَا، ثُمَّ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ، وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ، لا فَضْلَ بَيْنَهُمَا، هَذَا عَهْدُ نَبِيِّنَا إِلَيْنَا وَعَهْدُنَا إِلَيْكُمْ.

الشرح: منع عبد الله بن عمر من بيع المصوغ من الذهب بأكثر من وزنه غير مصوغ، على ما تقدم فى حديث السعدين من منعه ﷺ من بيع الآنية من الذهب أو الورق بأكثر من وزنها، ومراجعة الصائغ له فى ذلك، رجاء أن يكون جوابه إنما صدر على ذهبين غير مصوغين، فإن حكم المصوغ أحدهما بخلاف ذلك.

ولعله أن يكون سمع فى ذلك إباحة ممن لم يعتمد على قوله، فرجا أن يجد مثل ذلك عند عبد الله بن عمر، وسؤاله له فى الطريق دليل على التواضع مع أن المسألة كانت عنده من البيان بحيث لم يحتج إلى إعمال النظر فيها، والتمكن منها، ليذكر حكمها.

فصل: وقوله: «**الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، لا فضل بينهما**» يحتمل معنيين، أحدهما: أن هذا اسم لهذا المقدار من كل ذهب وورق مصوغًا كان أو غير مصوغ، ولذلك يقال فى هذا الإناء مائة دينار ذهبًا، وفى هذا الحلى مائة درهم ورقًا، وإن لم يكن شىء من ذلك مضروبًا، فيكون قوله: «**الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم**» عام فى كل ذهب، وورق، مصوغين كانا أو غير مصوغين. والثانى: أن يكون الدينار والدرهم اسمًا للمضروب دون غيره، قاس المصوغ عليه على ما قدمناه.

١٣٠٣ - أخرجه النسائى فى البيوع ٤٥٦٦. الشافعى فى الرسالة فقرة ٧٦٠ بتحقيق أحمد شاكر. البيهقى فى السنن الكبرى ٥/٢٧٩. معرفة السنن والآثار ٨/١١٠٣٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٨٦.

فصل: وقوله: «**الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم**» يقتضى ثلاثة أشياء، المبايعة، والمبادلة، والقضاء. فأما المبايعة، فإنها تختص فى الأغلب بمعاوضة العروض ببعضها ببعض والعرض بالأثمان.

وأما الأثمان بعضها ببعض، فإن لها اسمًا أخص، وإن بيع منها شىء بغير جنسه، فاسم الصرف أخص به، وإن بيع منها شىء بجنسه، فاسم المبادلة والمراطلة أخص به، وهما يختلفان فى المعنى، وذلك أن المراطلة تكون وزنًا، والمبادلة تكون عددًا.

مسألة: فأما القضاء، فقد تكون قضاء عن سلف وقضاء عن غير سلف، فإن كانت عن سلف وأسلفه ذهبًا عددًا، قضاه مثل عدده ووزنه، كان معنى الدينار بالدينار عددًا ووزنًا.

فإن قضاه مثل عدده أو أدون أو أنقص، جاز ذلك؛ لأن عبرة السلف بالعدد والنقص فى الوزن صفة من صفة الدينار لا اعتبار لها فى الكثرة والقلة كالجودة والرداءة، فإن قضاه أقل من عدده فى كل وزنه جاز؛ لأن القبض يجوز قليله وكثيره فى قضاء السلف.

وإن قضاه أكثر من عدده فى مثل وزنه يجب على أصل المذهب، أن لا يجوز من ذلك إلا اليسير؛ لأن الزيادة فى قضاء السلف معفو عن يسيرها دون كثيرها، وإن قضاه أقل عددًا أو أكثر وزنًا أو أكثر عددًا أو أقل وزنًا، لم يجز ذلك؛ لأنه قد وجد الاختلاف بين الذهبين على وجه يقتضى المغابنة، وذلك ينفى الجواز.

مسألة: فإن كان السلف وزنًا، فقضاه مثل وزنه، فهو جائز فى مثل ذلك العدد، وأقل منه وأكثر؛ لأن اعتبار الوزن، يبطل اعتبار العدد، فمتى كان التعامل بالوزن، فلا اعتبار بالعدد فى قليل ولا كثير، وإن قضاه أقل من وزنه فى مثل عدده أو أقل منه أو أكثر، فهو جائز لما ذكرناه من أنه لا اعتبار بالعدد فى هذا الوجه، وإن قضاه أكثر من وزنه.

فإن كانت الزيادة يسيرة، فقد جوز ابن القاسم الرجحان اليسير، وكرهه فى الكثير كالعشرين دينارًا فى المائة، وجوزه أشهب فى مثل الدينار والدينارين، والأردب من الطعام والأردبين، وإن كان ذلك على غير موعد ولا عادة.

ووجه تجوز اليسير أنه لا يقصد السلف لمثله، فتبعد التهمة به. وأما الكثير، فإنه يقصد بالسلف، فيمتنع للذريعة، وإن كانت الزيادة فى غير مجلس القضاء حتى ينفصل

منه، ولا تكون تبعًا له، فلا بأس بذلك؛ لأنها منفصلة من السلف فى قضائـه، فكـان لـه حكم الهبة المبتدأة.

فصل: فإن كان القضاء على غير سلف مثل أن يكون من بيع، فلا يخلو أن يكون مـا ثبت منه فى ذمته من ذلك بالعدد أو الوزن، فإن ثبت مقدرًا بالعدد، فلا يجوز أن يقضيـه وزنًا، لأن العدد معنى قد ثبت به فى الذمة ثمن، فلابد من مراعاتـه كـالوزن، وإن ثبـت فى ذمته مقدرا بالوزن والعدد، جاز أن يعطيه مثل ذلك الـوزن علـى غـير ذلـك العـدد؛ لأنه متى اجتمع الوزن والعدد، بطل حكم العدد.

مسألة: وإن كان ما ثبت فى ذمته من ذلك مقدرًا بالوزن، جـاز أن يعطيـه أكـثر ممـا ثبت فى ذمته من الوزن بخلاف القرض، إذا كان مثل صفة ما ثبت له أو أفضـل، وجـاز أن يعطيه أقل وزنًا وأدون، ولا يجـوز أن يعطيـه أفضـل وزنـًا، وأدون صفـة، ولا أفضـل صفة، وأنقص وزنًا، لما ذكرناه مما يدخله من التفاضل بصورة التشاح والتغابن.

مسألة: فإن أراد أن يقضيه عددًا، فإن كان العدد أفضل عيونـًا ووزنـًا كالقائمـة مـن المجموعة، جاز، وإن كانت أفضل عيونًا وأقـل وزنـًا كـالفرادى مـن المجموعـة، جـاز، وإن كانت أفضل عيونا، وأقل وزنًا، لم يجز لما قدمناه.

١٣٠٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ، عَنْ جَدِّهِ مَالِكِ بْـنِ أَبِى عَـامِرٍ أَنَّ عُثْمَـانَ بْـنَ عَفَّـانَ قَـالَ: قَـالَ لِـى رَسُـولُ اللَّـهِ ﷺ: «لا تَبِيعُـوا الدِّينَـارَ بِالدِّينَـارَيْنِ وَلا الدِّرْهَـمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ»(١) .

١٣٠٤ - أخرجه مسلم كتاب المساقاة برقم ٧٨ باب الربا، عن عثمـان بـن عفـان. أحمـد ١٠٩/٢، عن ابن عمر. البيهقى فى السنن ٢٧٨/٥، عن عثمـان بـن عفـان. الطحـاوى فـى معـانى الآثـار ٦٦/٤، عن عثمان بن عفان. الخطيب فى تاريخه ٣٩٣/٣، عن عثمان بن عفان. ابـن عـدى فـى الكامل ٤٢٩/٦، عن عثمان بن عفان.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨٦/٨: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة، رواته - فيما علمت - ورواه ابن أبى حازم، عن مالك، عن مولى لهم، عن مالك بـن أبـى عـامر، وابـن أبـى حازم من كبار أصحاب مالك.

حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا بكر بن عبدالرحمن بن عبدالله، حدثنا أحمد بـن داود ابـن موسـى، حدثنا يعقوب بن حميد، حدثنا عبدالعزيز بن أبى حازم، عن مالك بن أنس، عن مولى لهـم، عـن مالك بن أبى عامر، عن عثمان بن عفان، أن النبى ﷺ قـال: «لا تبيعـوا الدينـار بالدينـارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

=

الشرح: قوله: «**لا تبيعوا الدينار بالدينارين**» يحتمل المنع من التفاضل في العدد لما جرت به العادة من التعامل بها عددًا، ومنع قطعها، فكان ذلك منعا من التفاضل فيها على ذلك الوجه، لأن زيادة دينار آخر قلما يوجد من التفاضل بين الذهبين على هذا الوجه، فنص على أقل الزيادة، لينبهه بذلك على المنع من أكثرها.

ويحتمل أن يريد به المنع لمن رآه باع دينارًا بدينار، فخص فعله ذلك بالمنع، كما روى أبو سلمة عن أبي سعيد أنه قال: كنا نبيع تمرًا لجمع صاعين بصاع، فقال النبي ﷺ: «لا صاعي تمر بصاع، ولا صاعي حنطة بصاع، ولا درهمين بدرهم».

=يقال: اسم هذا المولى كيسان ولا يصح، وهذا الحديث يرويه بكير بن الأشج، عن سليمان بن يسار، عن مالك بن أبي عامر، عن عثمان - رضي الله - عنه مسندا.

وقد روى من حديث أبي سهيل بن مالك، عن أبيه، عن عثمان مسندا.

أخبرنا عبدالله بن محمد بن يوسف، وسعيد بن سيد، قالا: حدثنا عبدالله بن محمد ابن علي، قال: حدثنا أحمد بن خالد بن يزيد، قال: حدثنا عبيد بن محمد الكشوري إملاء بصنعاء، قال: حدثنا يزيد بن خالد الدملي، قال: حدثنا عبدالله بن وهب، قال: حدثني مخرمة بن بكير، عن أبيه، قال: سمعت سليمان بن يسار أنه سمع مالك بن أبي عامر يحدث عن عثمان بن عفان أن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين».

قال أحمد بن خالد: قال لنا الكوشري: يزيد بن خالد كتبت عنه بمكة وكان يحدث عن الليث، وكان أثبت الناس فيه، قال أحمد: في هذا الحديث رحلة.

أخبرنا إبراهيم بن شاكر، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقي، قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن عبدالخالق، قال: حدثنا عمرو بن مالك، قال: حدثنا عبدالله بن وهب، قال: حدثنا مخرمة بن بكير، عن أبيه، قال: أخبرني سليمان بن يسار، أن مالك بن أبي عامر، حدثه عن عثمان، عن النبي ﷺ قال: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين». قال أحمد بن عمرو البزار: وهذا الحديث قد رواه أبو سهيل بن مالك، عن أبيه، عن عثمان رواه عاصم بن عبدالعزيز الأشجعي وعاصم ليس بالقوي، ولا يروى هذا الحديث، عن عثمان إلا من حديث مالك، عن أبي عامر.

قال أبو عمر: حديث أبي سهيل في هذا عن أبيه، حدثناه خلف بن القاسم، قال: حدثنا عبدالوهاب بن محمد بن سهل بن منصور النصيبي، قال: حدثنا أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو موسى إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا عاصم ابن عبدالعزيز الأشجعي، عن أبي سهيل بن مالك، عن أبيه، عن عثمان بن عفان، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبايعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الدينار بالدينارين».

١٣٠٥ – مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ مُعَاوِيَةَ بْنَ أَبِى سُفْيَانَ بَاعَ سِقَايَةً مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ بِأَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهَا، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، فَقَالَ لَهُ مُعَاوِيَةُ: مَا أَرَى بِمِثْلِ هَذَا بَأْسًا، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: مَنْ يَعْذِرُنِى مِنْ مُعَاوِيَةَ، أَنَا أُخْبِرُهُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَيُخْبِرُنِى عَنْ رَأْيِهِ، لا أُسَاكِنُكَ بِأَرْضٍ أَنْتَ بِهَا، ثُمَّ قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَكَتَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِلَى مُعَاوِيَةَ أَنْ لا تَبِيعَ ذَلِكَ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ وَزْنًا بِوَزْنٍ.

الشرح: ما ذهب إليه معاوية من بيع سقاية[1] الذهب بأكثر من وزنها، يحتمل أن يرى فى ذلك ما رآه ابن عباس من تجويز التفاضل فى الذهب نقدًا، ويحتمل أن يكون لا يرى ذلك، ولكنه جوز التفاضل بين المصوغ منه وغيره لمعنى الصياغة.

وقول أبى الدرداء: «**سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا**»، أنكر عليه فعله من تجويزه التفاضل فى الذهب، واحتاج إلى الاحتجاج بنهى النبى ﷺ عن مثل ذلك؛ لأن معاوية من أهل الفقه والاجتهاد، فليس لأبى الدرداء صرفه عن رأيه الذى روى، إلا بدليل وحجة بينة.

وقد روى ابن أبى مليكة: قيل لابن عباس: هل لك فى أمير المؤمنين معاوية ما أوتر إلا بواحدة، قال: أصاب، إنه فقيه.

١٣٠٥ – أخرجه النسائى فى البيوع ٤٥٧٠. أحمد فى مسند القبائل ٢٦٩٨٣. رواه الشافعى فى الرسالة فقرة ١٢٢٨. البيهقى فى السنن الكبرى ٥/٢٨٠. معرفة السنن والآثار ١١٠٤١.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٨٧: ظاهر هذا الحديث الانقطاع؛ لأن عطاء لا أحفظ له سماعا من أبى الدرداء، وما أظنه سمع منه شيئا؛ لأن أبا الدرداء توفى بالشام فى خلافة عثمان لسنتين بقيتا من خلافته، ذكر ذلك أبو زرعة، عن أبى مسهر، عن سعيد بن عبد العزيز.

(١) قال ابن عبد البر: والسقاية: الآنية، قيل: إنها آنية كالكأس وشبهه، يشرب بها. وقال الأخفش: السقاية الإناء الذى يشرب به. وقال أبو عبيدة فى قوله عز وجل: ﴿جعل السقاية فى رحل أخيه﴾، قال: السقاية مكيال كان يسمى السقاية. وقال غيره: بل كل إناء يشرب فيه. وذكر ابن حبيب، عن مالك، قال: السقاية البرادة يبرد فيها الماء، تعلق. وقال الأخفش: أهل الحجاز يسمون البرادة سقاية، ويسمون الحوض الذى فيه الماء سقاية. وقال ابن وهب: بلغنى أنها كانت قلادة خرز، وذهب وورق. وقال ابن حبيب: من قال إن السقاية قلادة فقد وهم وأخطأ، وهو قول لا وجه له عند أهل العلم باللسان.

فصل: وقول معاوية: «**ما أرى بمثل هذا بأسًا**» يحتمل أن يرى القياس مقدمًا على أخبار الآحاد على ما روى عن مالك، وذلك لما يجوز على الراوى من السهو والغلط والصواب تقديم خبر الواحد العدل؛ لأن السهو والغلط يجوز فيه على الناظر المجتهد أكثر مما يجوز على الناقل الحافظ الفقيه، وقد بينت ذلك فى أحكام الفصول.

ويحتمل أن يرى تقديم أخبار الآحاد، إلا أنه حمل النهى على المضروب بالمضروب دون المصوغ بالمضروب، ورأى أن الصياغة معنى زائد يجوز أن يكون عوضًا للفضل على حسب ما يقول أبو حنيفة فيمن باع مائة دينار فى قرطاس بمائتى دينار: إن ذلك جائز، ويجعل القرطاس عوضًا للمائة الأخرى.

فصل: وقوله أبى الدرداء: «**من يعذرنى من معاوية، أنا أخبره عن رسول الله ﷺ ويخبرنى عن رأيه**»[٢] إنكار منه على معاوية التعلق برأى يخالف النص، ولم يحمل ذلك من معاوية على التأويل، وإنما حمله منه على رد الحديث بالرأى إما لأنه لم يرد بقوله عن مثل هذا إلا المصوع بالمضروب، وفيه نقل النهى، فيمتنع التأويل والتخصيص.

وإما لأنه حمل قول معاوية: «**ما أرى بمثل هذا بأسًا**» على تجويز التفاضل بين الذهبين فى الجملة دون تفضيل. وأما التأويل، فلا خلاف فى جوازه، وفيما قاله أبو الدرداء تصريح بأن أخبار الآحاد مقدمة على القياس والرأى.

وقوله: «**لا أساكنك بأرض أنت فيها**» مبالغة فى الإنكار على معاوية وإظهار لهجره والبعد عنه حين لم يأخذ بما نقل إليه من نهى النبى ﷺ ويظهر الرجوع عما خالفه.

فصل: وقوله: «**ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب**» فذكر ذلك له على معنى رفع ما ينكر إلى الإمام إذا لم يستطع على تغيير المنكر عنده، فكتب عمر بن الخطاب إلى معاوية أن لا يبيع ذلك إلا وزنًا بوزن، على حسب ما يجب على الإمام من أمر حكامه بالحكم بالحق والتبصير لهم بصواب الأحكام.

---

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٩٣/٨: ربما كان ذلك منه أنفة لمجاورة من رد عليه سنة علمها من سنن رسول الله ﷺ برأيه، وقد تضيق صدور العلماء عند مثل هذا، وهو عندهم عظيم، رد السنن بالرأى. وجائز للمرء أن يهجر من خاف الضلال عليه، ولم يسمع منه، ولم يطعه، وخاف أن يضل غيره، وليس هذا من الهجرة المكروهة، ألا ترى أن رسول الله ﷺ أمر الناس أن لا يكلموا كعب بن مالك حين أحدث فى تخلفه عن تبوك ما أحدث حتى تاب الله عليه، وهذا أصل عند العلماء فى مجانبة من ابتدع، وهجرته، وقطع الكلام معه.

وقوله: «**إلا وزنًا بوزن**» يقتضى المنع من الجزاف فى ذلك؛ لأن ما حرم فيه التفاضل يحرم فيه الجزاف؛ لأنه لا يعلم معه التساوى والجهل، فالتساوى كالعلم بالتفاضل فى التحريم، والمنع من صحة العقد، ولا يجوز التحرى فى هذا لما جرت العادة من قلة التسامح بيسيره، ولم ينكر عمر رضى الله عنه على معاوية ما راجع به أبو الدرداء لما احتمل من التأويل، على ما قدمناه، والله أعلم وأحكم.

١٣٠٦ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالذَّهَبِ، أَحَدُهُمَا غَائِبٌ وَالآخَرُ نَاجِزٌ، وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ إِلَى أَنْ يَلِجَ بَيْتَهُ، فَلا تُنْظِرْهُ، إِنِّى أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرَّمَاءَ، وَالرَّمَاءُ هُوَ الرِّبَا.

١٣٠٧ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ، وَلا تَبِيعُوا شَيْئًا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ، وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ إِلَى أَنْ يَلِجَ بَيْتَهُ، فَلا تُنْظِرْهُ، إِنِّى أَخَافُ عَلَيْكُمُ الرَّمَاءَ، وَالرَّمَاءُ هُوَ الرِّبَا.

الشرح: قوله: «**ولا تبيعوا الورق بالذهب، أحدهما غائب، والآخر ناجز**» منع من تأخر أحد العوضين فى الصرف عن حال النقد، وذلك يمنع الأجل فى الصرف، والعقد على تأخير قبضه؛ لأن الناجز هو ما نجز القبض فيه حال العقد، والغائب يصح أن يراد به ما غاب عن المشاهدة حال العقد مثل أن يكون فى كم الصيرفى أو فى تابوته،

١٣٠٦ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٤، ٢١٧٠، ٢١٧٤. مسلم فى المساقاة ١٥٨٦. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. أبو داود فى البيوع ٣٣٤٨. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩، ٢٢٦٠. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

١٣٠٧ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٤، ٢١٧٠، ٢١٧٤. مسلم فى الجنائز ٩٥٤، المساقاة ١٥٨٦. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩، ٢٢٦٠. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

ويحتمل أن يريد به ما غاب الحضور وقت العقد، وهذا هو الأظهر فيه لمقابلته بالناجز، ولو أراد المشاهدة لقال: ولا تبيعوا منها غائبا بمشاهد.

وقد كره مالك أن يعقد مع الصيرفى على دينار بدراهم، فيدفع إليه الدينار، فيخلطه بذهبه أو فى تابوته، ثم يخرج الدراهم، ويترك الدينار حتى يخرج الدراهم، ويحضر العينان، فهو أبلغ فى المناجزة صورة ومعنى؛ لأن أخذ الدينار وتغييبه ثم إخراج الدراهم بعد ذلك ليس على صورة المناجرة، بل هى من أفعال التأخير وصفة التبايع، فيما لا يراعى فيه التقابض والتناجز.

مسألة: فإن تعاقدا الصرف، ولم يكن عند أحد منهما ما عقد عليه، ثم استسلف أحدهما دينارًا، والآخر دراهم، ولم يفترقا حتى تقابضا، لم يجز ذلك؛ لأن كل واحد منهما قد عقد الصرف على غائب، لم يكن حاضر الصفة، فيعقد عليه، ولا كان على يقين من إمكان ما يقبضه، فقد دخل فى العقد على غير ما يقتضيه، ويصححه من التناجز والتقابض حال العقد.

مسألة: وإن أخرج أحدهما الدينار، واستسلف الآخر الدراهم، فتناقدا، قال أشهب: لا يجوز ذلك. وقال ابن القاسم: إن كان شيئًا قريبًا كحل الصرة، ولا يقوم لذلك، ولا يفترقان، فلا بأس به.

وجه قول أشهب أن عقد الصرف قد تناول غائبًا، والفساد فى أحد العوضين كالفساد فيهما فى إبطال العقد.

ووجه قول ابن القاسم أن الذى حضر عوضه، ولم يحتج أن يستسلف يصح العقد من جهته؛ لأنه صارف بناجز، وعقد الصرف على أن صاحبه بمثابته، فهو يقول لصاحبه إنك أردت الاستسلاف؛ لإفساد ما انعقد بيننا من الصرف على الصحة، فلا أصدقك كما لو أسلفه دنانير، ثم ادعى أنه قصد الانتفاع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حلول ما فى الذمة يقوم مقام حضور ما هى مشغولة به، والقبض يتنجز فيه بإبرائها منه، فإن كان لرجل على رجل دراهم، لم يجز أن يدفع إليه فيها ذهبًا قبل الأجل؛ لأن ذلك من باب التناجز فى الصرف؛ لأن تأجيلها يقوم مقام تأخير القبض فيها إلى أجلها، ولا بأس إذا حل أجلها.

والأصل فى ذلك ما روى عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير وآخذ الدراهم، فذكرت ذلك للنبى ﷺ قال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم يفرق بينكما شىء»(*).

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٤٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥٨٢. أبو داود=

ومن جهة المعنى أن حلول ما فى الذمة بمنزلة حضوره والإبراء منه مقام القبض فيه، وذلك يقتضى الجواز، ولو كان لرجل على رجل دنانير، ولآخر عليه دراهم حالة، جاز أن يتطارحاها، صرفًا لما ذكرنا.

مسألة: والغاصب إذا غصب دنانير، ثم لقى صاحبها، وقال: ذهبك فى دارى فصارفه عنها بدراهم، روى ابن القاسم عن مالك جواز ذلك؛ لأن ما غصب من الذهب متعلق بذمته، ويصح قبضه له بالبراءة.

وهذا القول مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين فى الغصب، وقد ذكر القاضى أبو الحسن أن هذه رواية عن مالك.

مسألة: وأما الوديعة، فهل يجوز ذلك فيها، قال ابن القاسم: لا يجوز. وروى فى كتاب ابن المواز أشهب عن مالك أنه جائز.

وجه الرواية الأولى فى ذلك أن حق المودع متعلق بعين ماله؛ لأنه لم يتعلق بذمة غيره، فلا يجوز أن يصارف به إلا عند حضوره.

ووجه القول الثانى أنه لما كان للمودع التصرف فيها بالاستسلاف، ومالكًا لذلك؛ لكونها فى يده صح أن يعتقد عند الصرف أنه قد استسلفها، فتتعلق بذمته ثم يصارف فيها، ويجب على هذا أن لا يجوز فى الحلى قولاً واحدًا.

مسألة: وأما الرهن، فقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك فيه. وقال مالك من رواية محمد عنه ذلك جائز.

وجه الرواية الأولى ما قدمناه من تعلق حق الراهن بعين ماله.

ووجه الرواية الثانية تعلق الرهن بضمان المرتهن، ويجىء على هذا التعليل جوازه فى العارية، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**وإن استنظرك إلى أن يلج بيته، فلا تنظره**» يريد المنع من التفرق قبل التناجز بالتقابض، وإن قرب، قبض أحد العوضين عن وقت الصرف بطل العقد فيه، هذا إذا كان مقتضى العقد، فإن العقد مبنى على الفساد، وإن عرا عن ذلك العقد، فاختارا ذلك بعد تمام العقد، طرأ على العقد الفساد لعدم ما هو شرط فى صحته،

=حديث رقم ٣٣٥٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٦٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٦٨، ٥٥٣٠. الدارمى حديث رقم ٢٥٨١.

وتمامه بأن طلب أحدهما صاحبه بالتناجز، وامتنع منه الآخر حتى احتاجا إلى التفرق والتحاكم.

مسألة: والتأخر اليسير من أحد عوضى الصرف يقوم مقام تأخر جميعه فى إبطال العقد، وهذا مبنى على أن العقد متى بطل بعضه لحق الله تعالى، بطل جميعه، وذلك بأن تجمع الصفقة حلالاً وحرامًا، فإنه يبطل جميعها، هذا المشهور من مذهب مالك.

ورأيت لزياد بن عبد الرحمن الأندلسى رواية عن مالك فيمن سلم مائة دينار فى مائة أردب حنطة، فقضى فيها خمسين وأخذ خمسين، أنه يصح منها ما قضى ثمنه، ويبطل ما أخذ ثمنه، وهذا يقتضى أنه إنما يبطل من الصفقة ما يخص به الفساد، ويصح منها ما عرا عن الفساد، وبه قال الشافعى.

فصل: وقوله: «**إنى أخاف عليكم الرما**» والرما هو الربا، أصل الربا فى كلام العرب الزيادة، يقال: أربيت على كذا، بمعنى زدت عليه، فمعنى ذلك أنى أخاف عليكم الزيادة فى أحد العوضين من جنس واحد فى العين، والزيادة هى الربا الذى نهى الله تعالى عنه فى قوله تعالى: ﴿**وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ونهى عنه رسوله ﷺ.

١٣٠٨ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ، وَالدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ، وَالصَّاعُ بِالصَّاعِ، وَلا يُبَاعُ كَالِئٌ بِنَاجِزٍ.

الشرح: قوله: «**الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم**» يريد متساويين.

وقوله: «**الصاع بالصاع**» يريد من جنس واحد، «**ولا يباع كالئ بناجز**» يريد مؤخرًا بمعجل، ويحتمل أن يريد من الجنس الواحد، والجنسين إذا جمعهما علة واحدة فى الربا، وهذا الذى عليه جمهور الفقهاء، وبه قال الشافعى. وجوز ذلك أبو حنيفة وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٣٠٩ - مَالِك، عَنْ أَبِى الزِّنَادِ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: لا رِبًا إِلا فِى ذَهَبٍ أَوْ فِى فِضَّةٍ أَوْ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ بِمَا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ.

١٣٠٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩١.

١٣٠٩ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٢/٨. الأثر ١٤١٣٩. البيهقى فى السنن الكبرى ١٨٦/٥. معرفة السنن والآثار ١١٠٦٣/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩٢.

الشرح: قوله: «**لا ربا إلا فى ذهب أو فضة**» يقتضى أن علة الربا فيهما عنده ما قدمناه من أنها أصول الأثمان، وقيم المتلفات.

وقوله: «**أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب**» يقتضى أن علة الربا عنده فى المطعوم أنه مطعوم مكيل أو موزون، فعلى هذا يثبت الربا عنده فى الخضر الموزونة والفواكه الرطبة المكيلة، فقد تقدم الكلام فى ذلك.

١٣١٠ – مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: قَطْعُ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ مِنَ الْفَسَادِ فِي الأَرْضِ.

الشرح: قوله: «**إن قطع الذهب والورق من الفساد فى الأرض**» يريد قطع الدنانير الصحاح والدراهم الصحاح من الفساد فى الأرض، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يقطعها ليبيعها مقطعة، فإنه من الفساد؛ لأنه يتسبب إلى إدخال الغش فى الذهب والورق؛ لأنه إذا قطعت صغارًا أدخل بينها المغشوش، وتسامح الناس بإنفاق اليسير منه فى الجملة، وخفى على كثير من الناس تمييزه من غيره.

والضرب الثانى: قرضها فى البلد الذى يجرى فيه عددًا لمنفقها عددًا، فتبقى عنده ما قد قرض منها حبة من كل مثقال، فيستعضل ذلك، فهذا لا يجوز؛ لأنه من الغش.

ووجه ذلك أن الذى يأخذ منه إنما يأخذه على أنه وازن، ولا فرق بين أن يغش بنقصه أو يغش بإدخال الداخل فى جودته.

وقد قال الشيخ أبو إسحاق: يؤدب كاسر الدنانير والدراهم قال الله تعالى: ﴿**قالوا يا شعيب أصلاتك تأمرك أن نترك ما يعبد آباؤنا أو أن نفعل فى أموالنا ما نشاء**﴾، قال: كانوا يكسرون الدنانير والدراهم. وقال سعيد بن المسيب: هو من الفساد فى الأرض، ولذلك قطع عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز يد من فعل ذلك، وذلك غير لازم؛ لأنه خيانة وغش، فلم يجب فيه قطع كسائر ما يغش فيه من الأعواض.

مسألة: وهذا فى الدنانير الصحاح والدراهم الصحاح، فأما ما قدم قطعه، فهل يمنع من قطعه أم لا؟ كرهه مالك، وقال ابن القاسم: كل ما لا يقع عليه اسم درهم، فلا بأس بقطعه. وقال أصبغ: كل ما ليس بمدور، فلا بأس أن يقطع منه.

١٣١٠ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٨/ ١٣٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩٣.

وجه قول مالك أن القرض الكثير أقرب إلى الميز وأبعد من الغش من القرض الصغير.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فبالناس حاجة إلى التبايع بكسور الدنانير والدراهم، فمن ابتاع بكسر دينار أو درهم فى موضع الصحاح، فلا يخلو أن يكون دينارًا يستثنى منه جزءًا من الذهب أو جزءًا من الورق، فإن كان المستثنى جزءًا من الذهب، فقد قال ابن المواز فيمن اشترى بعشرين قيراطًا من ذهب، أو بمثقال غير ربع مثقال: أنه يقضى عليه بالدراهم.

وتحرير ذلك عندى أن ما جرت العادة أن ينقص من الدينار الصحيح غالبًا، ويوجد على ذلك الوزن كثيرًا كالقيراط والقيراطين، فإنه يقضى عليه بالدينار، وما لم تجر العادة بنقصه من الدينار الصحيح إلا نادرًا، وإذا نقص منه خرج إلى حد المجموعة، لم يقض عليه فيه، إلا بالدراهم؛ لأنه إن قضى عليه بالدينار الصحيح كلف من هو عليه ما يتعذر وجوده، أو كلف من هو له أن يأخذ مقطوعًا، وفى ذلك ترك بعض حقه، ولو وقعت المبايعة بدينار إلا سدسًا إلى أجل، جاز ذلك، وقضى عليه عند انقضاء الأجل بالدراهم.

فرع: ولو تبرع من هو عليه بأداء دينار؛ ليبقى له سدس من دينار، ورضى بذلك القابض، جاز ذلك؛ لأنه تبرع بسلف سدس دينار. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه توقف فى ذلك بعد أن قال: لا يعجبنى.

مسألة: ولو كان الجزء المستثنى ورقًا، فلا يخلو أن يكون حالاً أو إلى أجل، فإن كان حالاً، جاز ذلك فى أقل من دينار، وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى، وإن كان إلى أجل، لم يخل أن يكون جزءًا يسيرًا أو كثيرًا.

فإن كان كثيرًا، لم يجز جملة، وإن كان يسيرًا، لم يخل من أن يختلف الدينار والدرهم فى التعجيل والتأجيل، أو يتفقا فى ذلك، فإن اختلفا مثل أن يتعجل الدينار والسلعة مع أحدهما، ويتعجل الآخر مفردًا، فهذه الأوجه المشهور من المذهب منعها.

وقد روى ابن المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك إجازة تعجيل الدينار، وتأخير السلعة والدرهم. وروى ابن القاسم عن مالك أنه رجع عنه.

ومعنى رواية ابن عبد الحكم أن الصرف اليسير الذى هو تبع للمبيع، له حكم البيع فى التعجيل والتأجيل، كما أن المبيع اليسير الذى هو تبع للصرف له حكم الصرف،

وهذا خلاف ما رواه ابن القاسم في المدونة: أن الفضة اليسيرة مع السلعة بالذهب، لا يكون صرفًا، لقلتها لا يصلح التأخير فيها في قول مالك.

ووجه ذلك تغليب الحظر على الإباحة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن اتفقا في التقديم أو التأخير، فلا يخلو أن يتعجل الدينار والدرهم، وتتأجل السلعة أو تتعجل السلعة، ويتأجل الدينار والدرهم، فإن تعجل الدينار والدرهم، وتأجلت السلعة، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا يجوز. وروى أشهب وابن عبد الحكم عن مالك: هو جائز.

وجه رواية أشهب أن التناقد وجد بالدينار والدرهم، فلم تمتنع مخالفة الثوب لهما من الجواز كما لو تعجل الثوب، وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد.

مسألة: وإن تعجلت السلعة، وتأجل الدينار والدرهم إلى أجل واحد، فقد قال ابن المواز: لم يختلف أصحابنا في إجازته.

والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها على مذهب ابن القاسم أنه إذا تعجل الدينار والدرهم، وتأخرت السلعة، فقد وجد الصرف بينهما وكمل، فوجب أن يتعجل ما معهما من ثوب أو غيره، فإذا لم يتعجل، بطل ذلك كله؛ لتأخر القبض في بعض أعواض الصرف.

وأما إذا تعجلت السلعة وتأجل الدينار والدرهم، فإن ذمة بائع الثوب ليست بمشغولة بدرهم ولا غيره، وذمة مشترى الثوب مشغولة بدينار غير قدر الدرهم، فليس بينهما صرف، وإنما هو بيع ثوب بدينار غير هذا المقدار من الدينار، فتأخر العوضين فيه، لا يمنع صحة العقد.

وهذا المعنى لم يجز أن يقدر النقص بدراهم كثيرة، يختلف بها قدر ما ينقص الدينار عند الأجل؛ لاختلاف الأسواق اختلافًا كثيرًا، وإنما يجوز ذلك في الدرهم والدرهمين؛ لقلة ما يؤثر اختلاف الأسواق بهذا المقدار في الدينار.

فرع: وكم قدر اليسير الذي يجوز من ذلك؟ قال في المدونة: يجوز في الدرهم والدرهمين، ومنعه في الثلاثة، وقال: لا خير فيه. وقد أجازه مالك في المختصر الكبير في الثلاثة الدراهم. وقال الشيخ أبو بكر: يجوز ذلك فيما بينه وبين ثلث دينار؛ لأنه في ذلك يكون تبعًا.

وأصل هذه المسألة أنه إذا استثنى جزءًا من الذهب، فقد يستثنيه بلفظ الذهب، وإن كان يسيرًا، قضى عن المبتاع بالذهب، وإن كان المستثنى كثيرًا، مثل أن يشترى سلعة بدينار إلا سدسًا أو إلا خمسًا، لم يقض عليه إلا بالدراهم لما تقدم.

فرع: ولو باع رجل ثوبًا بنصف دينار إلى أجل، ثم باعه بعد ذلك سلعة بنصف دينار، إلى ذلك الأجل على أن يدفع إليه دينارًا عند الأجل، فقد قال مالك فى الموازية: لا يعجبنى ذلك، ولو لم يشترط ذلك، فأراد المبتاع أن يدفع إليه صرف نصفين عند الأجل، لم يكن له ذلك، ويجبر على أن يدفع إليه دينارًا.

قال ابن القاسم: على ما أحب أو كره، وهذا عندى فيه نظر؛ لأنه إذا كان يجبر عند الأجل على دفع الدينار، إن اختار ذلك البائع، فلا يضر اشتراط ما هو من مقتضى تعاملهما، ويجبر عليه من أباه منهما، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن اشترط ذلك بلفظ الورق، فقد اشترط البائع على المبتاع الذهب، ويرد هو عليه المستثنى، ولا يلزم على هذا أن يعتبر بسعر الدرهم حين العقد؛ لأنه لا يمتنع أن يكون الاعتبار بالمستثنى بالمبلغ، ويراعى تأثيره فى المال المستثنى منه كالمكيل يستثنى من الصبرة، أو ثمرة الحائط، وهذا يدل على رواية أشهب ومانحًا إليه ابن القاسم فى روايته عن مالك.

وأما على رواية ابن المواز فى قوله: إن الاعتبار بمقدار الدراهم حين العقد دون وقت الاقتضاء، وإنما جاز ذلك فى القليل دون الكثير؛ لأن صحيح الدينار هو ما ينقص منه القيراط والاثنان والثلاثة، وما ينقص منه أربعة قراريط وخمسة، فهو من جملة المجموعة.

وكذلك من باع بمثقال غير سدس، قضى له بالدراهم، ومن باع بمثقال غير قيراط، قضى له بالدينار، فإنما يجوز من الاستثناء بالدراهم ما لم تتغير نسبة الدينار؛ لأنه إذا باع بمثقال إلا درهمًا وإلا درهمين، فقد باع بدينار صحيح؛ لأنه بمنزلة أن يبيع بدينار غير قيراطين، وهو من جملة الصحيح، فلم يكن للاستثناء تأثير فى تغير صفة الدينار، وإذا باع بدينار إلا خمسة دراهم، فقد باع بدينار صحيح.

ولو استثنى بلفظ الدراهم؛ لأخذ مجموعًا؛ لأنه بمنزلة أن يبيع بدينار غير ربع دينار، وذلك ينفى أن يكون صحيحًا، ويجعله من جملة المجموع، فكان للاستثناء بالدراهم تأثير فى تغير صفة الدينار، فدخل بذلك فى حكم الصرف الذى لا يجوز فيه التأخير.

فرع: فإذا قلنا بالمشهور من المذهب أنه لا يجوز إلا فى الدرهم والدرهمين، فلو باع

رجل مائة ثوب كل ثوب بمائة دينار إلا درهمًا، فهل يجوز أن يكتب عليه مائة دينار إلا مائة درهم؟ فى العتبية من رواية أشهب: أن ذلك جائز، ولا يصلح أن يحمل عليه دينار يكتب عليه إلى أجل. وفى كتاب ابن المواز: لا يجوز ذلك إلا أن يقوم الدينار قبل أن يفترقا.

وجه الرواية الأولى أن هذه الرواية مبنية على أن المراعى فى الصرف يوم القضاء دون وقت العقد، وذلك غير معلوم قبل أوانه.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به ابن المواز من أنه إذا حان الأجل، فدفع إليه مائة دينار وأخذ مائة درهم، فهو صرف مستأخر عن العقد، وهذا القول مبنى على مراعاة مقدار الدرهم من الدينار يوم العقد.

وقد روى ابن المواز فى هذه المسألة وجهين آخرين، أحدهما: يجوز نقدًا، ولا يجوز إلى أجل. والثانى: لا يجوز نقدًا ولا إلى أجل. فأما منعه بالأجل، فإنهما إن قوما الدراهم بالذهب حين العقد دخله من الفساد ما تقدم بما احتج به لرواية أشهب، وإن أخرا ذلك، دخله من الفساد ما احتج به ابن المواز.

ووجه منع ذلك فى النقد أيضًا ما يدخله من البيع والصرف فى الكثير من كل واحد منهما؛ لأن الدراهم إذا كثرت كثر قدرها من الدينار، واختلف ذلك إلى الأجل، فاختلاف أسواقها مؤثر فى قدر الناقص من الدينار جهالة.

فرع: ولو باعه ثوبًا بخمسة دنانير وأخره حتى يدفع إليه دينارًا، ويأخذ منه درهمًا أو دفع إليه دينارًا، وأخذ منه درهمًا واحدًا بأربعة دنانير حتى يقبضه إياها، لم يجز.

ولو باعه سلعة بخمسة دنانير إلا ربع دينار أو سدس دينار، فنقده أربعة دنانير حتى يأتيه بالربع دينار، ويدفع إليه الدينار أو دفع إليه الدينار، وقبض منه ربع دينار، وبقيت أربعة دنانير، فقد قال ابن القاسم عن مالك: أنه يجوز.

فرق: والفرق بين المسألتين أنه إذا باعه بخمسة دنانير إلا درهمًا، فإن نقص الدينار الخامس إنما يتقدر بغير جنسه، وبه يتحقق دون جنس الدينار؛ لأنه لو راما تقديره بجنس الدينار، لم يصح ذلك إلا بعد تقويم، ويدخله النقص والزيادة والتجاوز، فلزم بذلك دفع الدراهم وقبض الدينار، فأشبه العوض، ووجب أن يراعى فى الصرف إذا ثبت للعقد، حكم الصرف.

ووجه آخر، وهو أنه لا يصح أن يكون له حقيقة الاستثناء من الجنس؛ لأنه لا يجوز عند بعض أصحابنا الاستثناء من غير الجنس، وإذا قلنا بجوازه على مشهور قول الجمهور من أصحابنا، فإنه لا ينقص به عدد المستثنى منه، فإنما يرجع إلى أن له حكمًا، وأما إذا باعه الثوب بخمسة دنانير غير ربع دينار، فإنما يتقدر النقص من الدينار الخامس بجنسه، فلا يلزم بائع الثوب دفع ربع الدينار، ولا يحتاج فى تحقيق النقص به إلى تقويم، فلم يكن للربع الذى ينقص من الدينار حكم العوض، ولا له تعلق به، وإنما له حكم المستثنى بمنزلة ما لو قال: بعتك هذا الثوب بخمسة دنانير إلا دينارًا، فدفع إليه ثلاثة دنانير وأخذ دينارًا، فلا خلاف فى جواز ذلك، والله أعلم.

قال مالك: وَلا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِىَ الرَّجُلُ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ وَالْفِضَّةَ بِالذَّهَبِ جِزَافًا إِذَا كَانَ تِبْرًا أَوْ حَلْيًا قَدْ صِيغَ، فَأَمَّا الدَّرَاهِمُ الْمَعْدُودَةُ وَالدَّنَانِيرُ الْمَعْدُودَةُ، فَلا يَنْبَغِى لأَحَدٍ أَنْ يَشْتَرِىَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ جِزَافًا حَتَّى يُعْلَمَ وَيُعَدَّ، فَإِن اشْتُرِىَ ذَلِكَ جِزَافًا، فَإِنَّمَا يُرَادُ بِهِ الْغَرَرُ حِينَ يُتْرَكُ عَدَدُهُ وَيُشْتَرَى جِزَافًا، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ بُيُوعِ الْمُسْلِمِينَ، فَأَمَّا مَا كَانَ يُوزَنُ مِنَ التِّبْرِ وَالْحَلْىِ، فَلا بَأْسَ أَنْ يُبَاعَ ذَلِكَ جِزَافًا، وَإِنَّمَا ابْتِيَاعُ ذَلِكَ جِزَافًا كَهَيْئَةِ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ وَنَحْوِهِمَا مِنَ الأَطْعِمَةِ الَّتِى تُبَاعُ جِزَافًا، وَمِثْلُهَا يُكَالُ، فَلَيْسَ بِابْتِيَاعِ ذَلِكَ جِزَافًا بَأْسٌ"(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافًا، وإن كان يجوز أن يباع الذهب والفضة جزافًا.

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون فى تأويل قول مالك فى ذلك، فقال محمد بن

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٢٢٦، وقال: أجاز أكثر العلماء بيع الذهب بالورق جزافا، عينا كان ذلك، دراهم كانت، أو دنانير، والمصوغ وغيره فى ذلك سواء؛ لأن التفاضل بينهما حلال جائز، وإذا جاز الدينار بأضعافه دراهم جاز الجزاف فى ذلك يدا بيد، كما يجوز القصد إلى المفاضلة بينهما يدا بيد. وإلى هذا ذهب الشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابهما، وداود، ولم يجعلوه قمارا، ولا غررا.

وأما قول مالك: التبر، والحلى تباع جزافا كما تباع الحنطة والتمر، فهذا عنده على أن يكون البائع لا يعلم وزن الحلى، والتبر، ولا وزن الحنطة، والتمر، فإن علمه، ولم يعلمه المبتاع لم يجوز بيع ما دلس فيه بعيب. وقد قال بقول مالك فى ذلك الأوزاعى، وطائفة. وأما الشافعى وأبو حنيفة، وأصحابهما، وداود، فذلك عندهم جائز. انتهى.

مسلمة: إن كان معدودًا مما له قدر وقيمة كثيرة، فإنه لا يجوز فيه الجزاف كالحيوان والثياب، وإنما يجوز الجزاف من ذلك فيما لا قدر له كالقثاء والجوز والبطيخ وصغار الحيتان، وما قاله ينتقض بصبر الحنطة، وجزاف التبر، والحلى والمسك.

وأيضًا فإن الدراهم ليست بمعدودة، وإنما موزونة، وذهب القاضى أبو الحسن وعدة من أصحابنا إلى أن ذلك على الكراهية، وتحتاج الكراهية إلى دليل كما يحتاج إليه التحريم

وقال الشيخ أبو بكر والقاضى أبو محمد: هو على التحريم، وعللا ذلك بأن هذا بحيث يحرم الدنانير والدراهم عددًا، فيرغب فى الخفاف؛ لأنه يدخل فى المائة بالوزن منها مائة وعشرة عددًا، وتنفق مفردة، فتجوز بجواز الوازنة، وينفق منها الواحد فى الجملة، فيرغب الناس فى خفافها، لهذا المعنى.

فإذا بيعت جزافًا دخله الغرر من وجهين، أحدهما: من جهة المبلغ فى الوزن. والثانى: من جهة المبلغ فى العدد، فلم يجز ذلك لكثرة الغرر. وأما الجزاف فى سائر المكيلات والموزونات، فإنما يدخل الغرر فيه من وجه واحد، وهو المبلغ فى الكيل أو أ
الوزن، فلما قل الغرر فيها، جاز، وهذا الذى قالاه يقتضى جوازها جزافًا، بحيث لا يجوز عددًا ولا يجوز إلا بالوزن خاصة.

والمسألة عندى مبنية على قول مالك، أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد، وقد اختلف فى هذا الأصل قول ابن القاسم وأشهب، فقال ابن القاسم فى السلم الثانى فيمن شرط فى الإقالة عين دراهمه، وهى موجودة حاضرة: إنه لا يستحق أعيانها، وللمسلم إليه أن يدفع إليه غيرها.

وقال فى كراء الرواحل: ومن اكترى راحلة بدراهم بأعيانها، ولم يكن العرف النقد، ولا اشتراطه لا يجوز ذلك إلا أن يشترط أنها إن تلفت أعطاه غيرها، وهذا يقتضى تعيينهاه. وقال أشهب: ذلك جائز، وعليه أن يأتى بغيرها وهذا ينفى التعيين. وقال الشافعى: تتعين بالعقد.

والدليل على أنها لا تتعين بالعقد، قوله تعالى: ﴿**وشروه بثمن بخس دراهم معدودة**﴾ [يوسف: ٢٠]. قال الفراء: الثمن ما ثبت فى الذمة، والفراء إمام فى اللغة، فإذا ثبت أن الثمن فى كلام العرب ما ثبت فى الذمة، كان هذا الاسم منطلقًا على هذا الجنس من المال، ويختص به اقتضى ذلك أن لا تتعين؛ لأنه متعلق بالذمة.

ودليلنا من جهة القياس أنه ثمن وجب أن يثبت فى الذمة. أصله إذا أطلق العقد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا إن الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد، فإنه لا يجوز بيعها جزافًا، لأن العقد عليها إنما يتناول ما فى الذمة، والجزاف لا يصلح أن يثبت فى الذمة بعقد، وإنما يثبت منه المقدر بكيل أو وزن أو عدد، ألا ترى أن ما يجوز فيه الجزاف من القمح والشعير والكحل والحرير، لا يصلح أن يثبت فى الذمة منه الجزاف، وإنما يثبت منه فى الذمة المقدر بالكيل والوزن.

وإن قلنا إن الدنانير والدراهم تتعين بالعقد، فإنه يجوز بيعها جزافًا كسائر الموزون والمكيل الذى يتعين بالعقد، ولذلك يجوز أن يباع تبره ومصوغه جزافًا لما كان يتعين بالعقد، فلا خلاف فى ذلك.

فصل: وقوله: «**فإن اشترى ذلك جزافًا، فإنما يراد به الغرر**» يحتمل أن يريد به أن ما يشير إليه من الجزاف إنما استحق فيجب عليه مثله، ولا يعلم كم وزنه، فيكون المبيع مجهولاً، لا يتقدر بكيل ولا وزن ولا عدد، وهو من أعظم الغرر والخطر.

فصل: وقوله: «**فأما ما يوزن من التبر والحلى، فلا بأس ببيعه جزافًا كالحنطة والتمر وغير ذلك مما يكال**» تعلق الشيخ أبو بكر والقاضى أبو محمد بظاهر هذا فى منعهما ذلك فى الدنانير والدراهم، لكونهما معدودين، وتجويزهما ذلك فى التبر والحلى؛ لأن العدد لا يتأتى منهما، وإنما يعتبران بالوزن، وعلى هذا يجب أن يجوز الجزاف فى المقطوع من الدنانير والدراهم التى لا يجوز فيها العدد، ويجوز ذلك فى صحاحها بحيث لا يتقدر بالعدد، والقول الأول أظهر، والله أعلم.

قال مالك: مَنِ اشْتَرَى مُصْحَفًا أَوْ سَيْفًا أَوْ خَاتَمًا وَفِى شَىْءٍ مِنْ ذَلِكَ ذَهَبٌ أَوْ فِضَّةٌ بِدَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ، فَإِنَّ مَا اشْتُرِىَ مِنْ ذَلِكَ، وَفِيهِ الذَّهَبُ بِدَنَانِيرَ، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى قِيمَتِهِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ ذَلِكَ الثُّلُثَيْنِ، وَقِيمَةُ مَا فِيهِ مِنَ الذَّهَبِ الثُّلُثَ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لا بَأْسَ بِهِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَدًا بِيَدٍ، وَلا يَكُونُ فِيهِ تَأْخِيرٌ، وَمَا اشْتُرِىَ مِنْ ذَلِكَ بِالْوَرِقِ مِمَّا فِيهِ الْوَرِقُ نُظِرَ إِلَى قِيمَتِهِ، فَإِنْ كَانَ قِيمَةُ ذَلِكَ الثُّلُثَيْنِ، وَقِيمَةُ مَا فِيهِ مِنَ الْوَرِقِ الثُّلُثَ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لا بَأْسَ بِهِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَدًا بِيَدٍ، وَلَمْ يَزَلْ ذَلِكَ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ عِنْدَنَا(١).

---

(١) أما اختلاف العلماء فى هذه المسألة، فإن أبا حنيفة، وأصحابه، قالوا: لا بأس ببيع السيف=

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترى مصحفًا أو سيفًا أو خاتمًا، وفى شىء من ذلك ذهب أو فضة بجنس ما هو حلى به، فإنه يجوز ذلك بثلاثة شروط، أحدها: أن يكون ذلك النوع من الحلى مباحا فى الشرع استعماله، واتخاذه كالسيف والمصحف، وخاتم الرجل يكون فيه حلية الفضة، وحلى النساء فيه الذهب والفضة، فهذا لا خلاف فيه أنه مباح اتخاذه.

والأصل فى ذلك ما روى حميد عن أنس أن النبى ﷺ كان خاتمه من فضة، وكان فصه منه[٢].

وأما المصحف والسيف والخاتم للرجال محلى شىء منه بالذهب، فإن ظاهر هذا اللفظ إباحة ذلك فى المصحف والسيف، وقد أشار إلى ذلك فى الخاتم، ويحتمل أن يريد به خاتم النساء، وعلى ذلك اختصره الشيخ أبو محمد.

وفى العتبية من رواية سماع ابن القاسم عن مالك: أنه كره أن يجعل فى خاتمه مسمار ذهب، أو يخيط بقبضته منه حبة أو حبتين، لئلا يصدأ وهذا أخف من اتخاذه من محض الذهب. وقال ابن حبيب: لا يجوز شىء من الذهب فى حلى الرجال، فعلى القول الأول يجوز فى حلى السيف والمصحف، ويجوز ذلك فى حلى النساء وخواتمهم، ولا يجوز فى خواتم الرجال.

والدليل على بيعه فى خواتم الرجال، ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن التختم بالذهب[٣].

=المحلى بالفضة بعضه أكثر مما فيه من الفضة، ولا يجوز بيعه بفضة مثلها، أو أقل منها، ويحتاج إلى أن يقبض حصة الفضة فى المجلس، ويقبض السيف. وهو قول الثورى، والحسن بن صالح بن حى. وقال الأوزاعى: إذا كان الفضل من النصل، وكانت الحلية تبعا جاز شراؤه نقدا أو نسيئة. وهو قول ربيعة.

وأما الشافعى، وأصحابه، فلا يجوز عندهم أن يباع شىء فيه حليلة فضة قليلا كان أو كثيرا بشىء من الفضة بحال من الأحوال؛ لأن المماثلة المأمور بها، والمفاضلة المنهى عنها فى الفضة بالفضة لا يوقف منها فى السيف، وما كان مثله على حقيقته.

ولما أجمعوا أنه لا يجوز فى كل ما يحرم فيه التفاضل أن يباع شىء منه مجهول بمجهول أجمعوا أنه لا يجوز فى كل ما يحرم فيه التفاضل شىء منه مجهول بمجهول، أو معلوم بمجهول، لم يجز السيف المحلى، وما كان مثله من فضة إن كانت الحلية فضة بحال، ولا بذهب إلى أجل، والثلث وأقل منه، وأكثر من ذلك سواء. انظر هذه المسألة فى الاستذكار لابن عبد البر ١٩/٢٢٧ - ٢٢٨.

(٢) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٨٧٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١٣٣٩١.

(٣) أخرجه مسلم حديث رقم ٢٠٧٨. الترمذى حديث رقم ١٧٣٧، ١٧٣٨. النسائى فى=

ومن جهة المعنى أن السيف والمصحف مما يختص بالرجال، فلذلك جاز أن يحلى بالذهب؛ لأنه ليس فى التحلى به مشاركة للنساء، ولا مساواة لهن فى باب التحلى به.

وأما الخاتم، فإنه مما يتحلى به النساء كما يتحلى به الرجال، فمنع الرجال من الذهب وأبيح للنساء؛ لأن باب التحلى مبنى على نفى المساواة.

وأما المصحف، فليس من باب التحلى بل بابه ممنوع، وهو اتخاذ الذهب والفضة فيما يستعمل مما ليس بحلى للجسد، وذلك كله ممنوع للرجال والنساء كأوانى الذهب والفضة والمكاحل والمجامر والمداهن منه ما يخص المصحف لتعظيم أمره كما فى مفاتيح الكعبة والكسوة دون سائر البيوت على سبيل التعظيم، وذلك لا يقال فيه أنه من حلى الرجال، ولا من النساء، وإنما هو من حلى المصحف، فاستوى فى ذلك الرجال والنساء، والله أعلم.

وسنذكر حكم ذلك بأوعب من هذا فى باب الجامع إن شاء الله تعالى، وقد أضاف إلى ذلك ابن حبيب المناطق والأسلحة كلها إذا كانت مفضضة، فهى كالسيف فى ذلك.

فصل: والشرط الثانى، أن يكون ما فيه من الذهب أو الفضة تبعًا لقيمة المحلى، وبما تكون الموازنة من الحلى بقيمته أو وزن ما فيه؟ الظاهر من المذهب أن الموازنة بوزن الحلى، وقيمة المحلى، وقد رأيته نصًا لبعض شيوخ القرويين، ولفظ الموطأ ثابت.

فإن كان قيمة ذلك الثلث، وقيمة ما فيه من الذهب الثلثين، فهذا يقتضى اعتبار قيمة الحلى دون وزنه، فإن لم يكن تجوزًا فى عبارة، فهذا خلاف ما قدمناه، والصواب فى ذلك الاعتبار بالوزن؛ لأن كل حكم يعتبر فى تحليل بيع الذهب وتحريمه، فإنما يعتبر فيه بوزنه دون قيمته كالتساوى والتفاضل.

مسألة: وكم المقدار الذى إذا بلغه كان تبعًا، وإذا تجاوزه لم يكن تبعًا، لم يختلف أصحابنا فى النص على هذه المسألة فى أن الثلث وما دونه فى حكم التبع، وأن ما زاد على ذلك، فليس بتبع.

وفى العتبية من سماع أشهب عن مالك فيمن أعطى درهمًا، وأخذ نصفه درهمًا صغيرًا، قد كنا نكره، ونحن نجيزه الآن، فعلى هذه الرواية يجب أن يكون التبع النصف،

=الصغرى حديث رقم ٥٠٨٨، ٥١٧٧، ٥١٧٨، ٥١٧٩، ٥١٨٧. أبو داود حديث رقم ٤٢٢٢. ابن ماجه حديث رقم ٣٦٤٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٩٢٦.

فأقل وبالزيادة على النصف يخرج عن حد التبع؛ لأن المجوز فى الموضعين إنما هـو لمعنـى الضرورة.

ومن أصحابنا العراقيين من يذهب إلى أن النصف فى حيز القليـل، وتعلـق فـى ذلـك بقوله تعالى: ﴿**قم الليل إلا قليلا نصفه**﴾ [المزمل: ٢]، وإن النصف بدل من القليل.

فصل: وأما الشرط الثـالث، فـأن يكـون الحلـى مرتبطًـا بـالمحلى ارتباطًـا فـى إزالتـه مضرة، فلا يقدر على إزالته من المبيع وتمييزه إلا بمضرة لاحقة، فأما مـا كـان فـى نقصـه كسر لصياغته كالفصوص المصوغ عليهـا الحلـى والمصـاحف التـى فيهـا مسـامر الفضـة وحلية السيف التى تسمر فى حائله وجعبته، فهذا مما يبيح ما ذكرناه.

وأما إن كان من القلائـد التـى لا يفسـد غـير نظمهـا بتمـيز قلائدهـا، فالظـاهر مـن المذهب أنه لا تأثير لها فى الإباحة، وبه قال ابن حبيب، وقد تقدم ذكر الخلاف فيه فـى كتاب الزكاة.

مسألة: إذا كملت هذه الشروط الثلاثة، جاز أن يباع المحلى فيه بجنـس مـا فيـه مـن الحلى، فإن كان محلى بفضة، جاز بيعه بالفضة، وإن كان محلى بذهـب، جـاز بيعـه بـه، وإن انخرم شرط من ذلك، لم يجز.

فصل: وقوله: «**يدًا بيد**» يقتضى التناجز، ومنع دخـول التـأخير فـى ذلـك بجنسـه إلى أجل، فالمشهور من المذهب منعه، رواه ابن القاسم عن مالك خلافًا لربيعة فى تجويزه.

والدليل على ما نقوله أن للأجل من التأثير فى الفسـاد مـا ليـس للتفـاضل بدليـل أنـه يجوز التفاضل بين الجنسين، ولا يجوز بينهما النساء، فلذلـك أثـر فـى جـواز البيـع، ولـم يؤثر فى الأجل.

مسألة: وأما إن كان فى المحلى ذهب وفضة هما تبع لما همـا فيـه مـن المحلـى، فقـد روى ابن حبيب: له بيعه بكل واحد منهما. وروى ابن القاسم عن مالك فى كتاب ابـن المواز: ما حلى بذهب وفضة، فليبع بأقلهما، إن كان الثلث، فدون يـدًا بيـد، وإن كـان نقاريًا، بيع بالعرض، ثم رجع مـالك، فقـال: لا يبـاع بذهـب ولا ورق، وبـه أخـذ ابـن القاسم، وأخذ ابن عبد الحكم بالقول الأول.

وقد أشار فى هذه المسألة بقوله: ما حلى بذهب أو فضـة سـيف أو غـيره مـن حلـى النساء مما يجتمع فيه الأمران، أن فيه قولين، أحدهما: يباع بالتبع.

ووجهه أن بيعه بنصفه مع تحريم التفاضل يجوز، فبأن يجوز بغير صنفه مع تجويز التفاضل أولى أن يجوز. والقول الثانى: لا يجوز؛ لأنه يجتمع فيه أمران من المكروه، أحدهما بيع العين بجنسه متفاضلاً. والثانى: اجتماع البيع والصرف فى عقد واحد.

فرع: فإذا قلنا بالجواز، فقد قال ابن حبيب: إن كان تبعًا جاز بيعه بذهب أو بورق، فجوز بيعه بكل واحد منهما إذا كان كل واحد منهما تبعًا للمحلى، والمفهوم من رواية ابن القاسم عن مالك أنه يراعى بعد كونها تبعًا للمحلى أن يكون أحدهما تبعًا للآخر، فتكون العين تبعًا للمبيع والقليل منهما تبعًا للكثير.

فإذا بيع بأقلهما صار إلى حكم الصرف مع التبع على وجه البيع. قال ابن حبيب: وإن كان أحدهما تبعًا، والآخر أكثر من المبيع بيع بالتبع، ولا يباع بالآخر، وإن تجاوز التبع لم يبع إلا بعرض.

مسألة: وأما بيعه بغير صنفه، فقد قال ابن حبيب: ذلك جائز ونص عليه غيره من أصحابنا. وقد نص مالك على أنه لا يجوز بيع وصرف فى عقد واحد. قال ابن حبيب: وقد استخف ذلك بعض أصحاب مالك.

فوجه المنع أنهما عقدان، مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر، فلم يجز أن يجتمعا فى عقد واحد كالبيع، وذلك أن مقتضى الصرف أن عدم التناجز فى المجلس يفسده، والبيع لا يفسد بذلك كما أن القراض لا يجوز أن ينعقد لازمًا، والبيع يجوز أن ينعقد لازمًا، فلم يجز أن يجتمعا فى عقد واحد.

ووجه رواية الإباحة أنهما عقدان لازمان لا يتنافيان؛ لأن التناجز من لازم الصرف، فإنه لا يبطل البيع، فجاز أن ينعقد على الوجه الذى يصحان عليه.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، وهى الأشهر، فإن ذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون التبع ملصقًا بالمبيع لا يمكن إزالته إلا بضرر، فإنه يجوز بيعه بغير جنسه من العين، وإن لم يكن تبعًا للمبيع، وعندى أنه يجوز أن يكون الحلى غير مباح الاتخاذ.

ووجه ذلك أن هذه المعانى يبيح بها العلم بجنسه، والتفاضل يحرم فيها، فبأن يبيح بيعه بغير جنسه مع إباحة التفاضل أولى.

مسألة: فإذا قلنا بمنع الصرف والبيع فى عقد، فإن ذلك يمنع إذا كان كل واحد منهما مقصودًا فى نفسه، فإن وقع، فقد قال عيسى: يرد ما لم تفت السلعة، فإن فاتت لزمت المبتاع قيمتها، وترادا العين.

فإن كان أحدهما غير مقصود بقيمته، فلا بأس؛ لأن الضرورة تدعو إليه فى بعض الدنانير، مثل أن يبيعه سلعة بدينار غير ربع بحيث لا يوجد إلا الصحاح، فيعطيه بالربع دينار دراهم، وذلك أنه لما اتفق حكمهما من وجه، وهو أنه يجوز تعجيلهما.

واختلف من وجه، وهو أنه لا يجوز تأجيلهما، ويجوز تأجيل أحدهما لم ينعقد عليهما عقد إلا بشرطين، أحدهما: أن يشملهما التعجيل. والثانى: أن يكون تبعًا للآخر، وقد بينته فى شرح المدونة، وما يلحق به من بيع الطعام بالطعام مع أحدهما عرض.

مسألة: وكم المقدار الذى يجوز من الصرف مع البيع؟ قال فى المدونة: يجوز الصرف مع البيع فى اليسير العشرة دراهم ونحوها، ولا يجوز ذلك فى الكثير، فيجرى فى هذا مسألتان، إحداهما: أنه يجوز فى الدينار الواحد، وإن لم يكن أحد الأمرين تبعًا للآخر. لأنه قال فى المدونة فى الذى يبيع الدينار بعشرين درهمًا، يأخذ عشرة دراهم، ويأخذ لحمًا بعشرة دراهم: أن ذلك جائز، إن تعجل. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: إنما يجوز ذلك فى أقل الدينار والربع والثلث.

المسألة الثانية، أن يكون الصرف يشتمل على دينار، فإنه لا يجوز أن يكون معه من التبع إلا اليسير أو يكون البيع بثمن كثير، فلا يجوز أن يكون معه من الصرف إلا اليسير.

وقد قال ابن حبيب: إن ذلك جائز، إذا كان أقل من الدينار، وذلك إذا كان الحكم للتبع فيكون منه للصرف أقل من دينار، فإن بلغ الدينار. لم يجز.

وهذا مبنى على أن ذلك مباح؛ لضرورة صحة الدنانير، والحاجة إلى يزداد فى الثمن مقدار الدينار يجب على هذا قصر هذا الحكم على بلد لا يجرى فيه إلا الصحيح.

وقد قال بعض فقهاء الصقليين: إن الرباعى الذى يبتاع به عندهم يجرى مجرى الدينار الصحيح. وأما إن كان الحكم للصرف والسلعة تبع، فكم اليسير منها؟ حكى عن أبى موسى بن مناس: أن ذلك أن يكون ثمنها أقل من دينار دون تحديد.

* * *

ما جاء فى الصرف

١٣١١ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ مَالِكِ بْنِ أَوْسِ بْنِ الْحَدَثَانِ النَّصْرِيِّ أَنَّهُ

١٣١١ - أخرجه البخارى كتاب البيوع باب ٧٦ الشعير بالشعير جـ٣/١٥٣، عن مالك بن=

الْتَمَسَ صَرْفًا بِمِائَةِ دِينَارٍ، قَالَ: فَدَعَانِي طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ فَتَرَاوَضْنَا حَتَّى اصْطَرَفَ مِنِّي، وَأَخَذَ الذَّهَبَ يُقَلِّبُهَا فِي يَدِهِ، ثُمَّ قَالَ: حَتَّى يَأْتِيَنِي خَازِنِي مِنَ الْغَابَةِ، وَعُمَرُ ابْنُ الْخَطَّابِ يَسْمَعُ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لا تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ، ثُمَّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ»(*) .

=أوس. مسلم كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا برقم ٧٩ جـ٣/١٢٠٩، عن مالك ابن أوس. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. أبو داود فى البيوع ٣٣٤٨. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

(*) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٩٧/٨ - ٩٨: لم يختلف عن مالك فى هذا الحديث. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله، حدثنا عبدالله بن محمد بن عبدالعزيز، حدثنا هارون بن عبدالله، حدثنا معن بن عيسى، وروح بن عبادة، وعبدالله ابن نافع، قالوا: حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن مالك بن أوس، عن عمر بن الخطاب، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا، إلا هاء وهاء...» الحديث. هكذا قال مالك، ومعمر، والليث، وابن عيينة فى هذا الحديث، عن الزهرى، الذهب بالورق، ولم يقولوا: الذهب بالذهب، والورق بالورق، وهؤلاء هم الحجة الثابتة فى ابن شهاب على كل من خالفهم.

وأخبرنا عبدالوارث بن سفيان، وسعيد بن نصر، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: قال لنا أبو بكر بن أبى شيبة: أشهد على ابن عيينة أنه قال لنا: الذهب بالورق، ولم يقل: الذهب بالذهب يعنى فى حديث ابن شهاب هذا، عن مالك ابن أوس، عن عمر.

ورواه محمد بن إسحاق، عن الزهرى، عن مالك بن أوس بن الحدثان، عن عمر مثله، إلا أنه قال فيه: الذهب بالذهب، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والبر بالبر، مثلاً بمثلاً، هاء وهاء، والشعير بالشعير، مثلاً بمثل، هاء وهاء، والتمر بالتمر، مثلاً بمثل، هاء وهاء، لا فضل بينهما. هكذا رواه يزيد بن هارون وغيره، عن ابن إسحاق. ورواية أبى نعيم لهذا الحديث، عن ابن عيينة فى الذهب بالذهب مثل رواية ابن إسحاق، ولم يقله أحد ابن عيينة، غير أبى نعيم، والله أعلم.

وقد روى هذا الحديث بنحو ذلك همام بن يحيى، عن يحيى بن أبى كثير، عن الأوزاعى، عن مالك بن أنس، عن الزهرى، عن مالك بن أوس، قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب ربا، إلا هاء وهاء، والفضة بالفضة ربا، إلا هاء وهاء، من زاد أو ازداد فقد أربى».

وعلى ذا كان الناس يروى النظير عن النظير، والكبير عن الصغير، رغبة فى الازدياد من العلم.=

الشرح: قوله: «**أنه التمس صرفًا بمائة دينار**» دليل على تجويز عوض الدينار، ومراوضة متبايعهما فى صرفهما واحدًا بعد واحد؛ طلبًا للزيادة، أو معرفة ما يستقر عليه العطاء.

وقوله: «**فدعانى طلحة بن عبيد الله، فتراوضنا**» يقتضى جواز المصارفة لمن لم يتخذ ذلك متجرًا، وأما من اتخذ ذلك متجرًا أو صناعة، فقد كرهه جماعة من السلف. قال مالك فى العتبية: أكره للرجل أن يعمل بالصرف، إلا أن يتقى الله تعالى، يريد أنهما تساويا فيه حتى عقدا الصرف.

فأخذ طلحة بن عبيد الله الذهب يقلبها؛ ليعلم جودتها، ثم قال: «**حتى يأتى خازنى من الغابة**» يريد أن يؤخر ذلك إلى أن يأتيه خازنه من الغابة، ويحتمل أن يريد به تأخير الدراهم خاصة، ويقبض هو الدنانير.

ويحتمل أن يريد به إقرار الدنانير بيد مالكها حتى يأتى خازنه من الغابة، فيتقابضا يدًا بيد، فقال عمر بن الخطاب حين سمع ذلك: «**والله لا تفارقه حتى تأخذ منه**» يريد لاتفارقه وبينكما عقد حتى ينتجز ما بينكما من التقابض، ثم احتج لذلك بقوله ﷺ: «الذهب بالورق ربًا إلا هاء وهاء».

وحمل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الإيجاب والقبول لا يتأخر عنهما، بل يقترن بهما؛ لأن عقد كل واحد منهما يقتضى الإشارة إلى ما بيده من العوض بقوله: «هاء» ولذلك فهم منه عمر، وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض.

فأما التفرق قبل القبض، فلا خلاف بين الفقهاء نعلمه فى أنه يفسد العقد.

والدليل على ذلك ما احتج به عمر وما جوزه طلحة بن عبيد الله، فتركه التأويل والمراجعة لعمر رضى الله عنهما، دليل على رجوعه عنه.

مسألة: فإن استأذن الصراف بعد العقد فى أن يذهب بها إلى صراف قريب منه يريه إياها، ويزنها عنده أو عقد معه الصرف على ذلك، ففى العتبية من رواية أشهب عن مالك: أن ذلك جائز فيما قرب.

=وحدثنا عبدالوارث، وسعيد بن نصر، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرنى حبيب بن أبى ثابت، قال: سمعت أبا المنهال، قال: سألت البراء بن عازب، وزيد بن أرقم عن الصرف، فكلاهما يقول: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينا. انتهى.

ومعنى ذلك أن يكونا لقربهما فى حكم المتجالسين، وأما أن تباعد ذلك حتى يرى أنه افتراق من المتصارفين، فلا يجوز ذلك، وهو يفسد العقد.

مسألة: فإن استوجب رجل سوارى ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما، فإن رضيهما أهله رجع بهما، فاستوجبهما منه وإلا ردهما. روى ابن المواز عن مالك: أن ذلك جائز، وقال: غير ذلك من قول مالك أحب إلينا أن نأخذها من غير إيجاب.

وجه القول الأول إثبات الخيار فى الصرف، وهو قول شاذ، وجوز التأخير فيه بعد عقده على النقد، وهو أيضًا بعيد، ويحتمل أن يريد به المواعدة فى الصرف، وتقرير الثمن دون عقد.

ولذلك قال: إنه إن رضيهما أهله، رجع، فاستوجبهما منه، فذكر أن الإيجاب لم يوجد بعد، وإنما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن، ومعرفة ما يتبع الصرف إن رضيها أهله لما كلف الطلب ومعرفة الثمن، فلم يجعل إليه عقد والله أعلم.

ووجه القول الثانى أن الصرف ينافى الخيار، وهو المشهور عن مالك؛ لأنه مبنى على المناجزة والنقد فى المجلس، لا يكون إلا فيما يدخله التأخير؛ لأنه إنما يكون فى مدة تتأخر عن حال العقد.

مسألة: ولو بيع حلى فى تركة، فابتاع أحد الورثة بعضه بقدر حصته، فأراد أن يكتب عليه حتى يتقاصا به مما له فى الميراث، فإن ذلك غير جائز، إلا أن ينجز القسمة فى المجلس بأثر الابتياع؛ لأن شراءه ليس بقسمة متنجزة؛ لأنه لو ذهب سائر الميراث؛ لرجع عليه فيما بيده، فلما لم يتنجز القبض فيه دخله التأخير فى الصرف فأبطله.

ولو قال مبتاع الحلى: أمسك ثمن حصتى منه، وارفع الباقى، ففى العتبية وكتاب محمد عن مالك: جواز ذلك، وقال بأثرها فى كتاب محمد: خالف ابن القاسم مالكًا فى هذه المسألة.

وجه قول مالك أن المفاصلة وقعت فى هذا الحلى المبيع بإمساك قدر حصته منه، ودفع الباقى، فقد وجد التناجز بينهما، فصح العقد، ولا يؤثر وزنه لحصته من الثمن إذا جاز له استرجاعها بأثر دفعه لها.

مسألة: فإن كان افتراقهما قبل العقد بغلبة من أحدهما، مثل أن يقبض الصراف الدنانير، ويمنع من دفع الدراهم، الظاهر من المذهب أن ذلك يفسد العقد.

وفى العتبية فى قوم اشتروا قلادة ذهب ولؤلؤًا بدراهم نقدًا، وقالوا: نزن الدراهم، وأمروه بذلك، وفصلوا القلادة، وتقاوموا اللؤلؤ، أو باعوا الذهب فيما وضعوا، أرادوا نقض البيع؛ لتأخر النقد، فقال مالك: لا تنقض لتأخر النقد؛ لأنهم اشتروا على النقد. زاد محمد عن مالك: ولم يرض البائع بتأخيرهم وضعهم، وإنما هو رجل مغلوب.

وهذا التعليل يقتضى أن تأخير أحد المتعاقدين النقد بغير اختيار الثانى على وجه الغلبة لا يفسد العقد.

وجه القول الأول أن من شرط صحة هذا العقد النقد، فإذا عدمت شروط صحته، وجب أن يفسد، ويحتمل على هذا القول أن يكون مالك، ألزمه ثمن القلادة؛ لأنهم أخذوها على وجه الشراء، ثم تعدوا على إتلافها ليؤدوا إليه القيمة، فلزمهم الثمن كمن اشترى ثوبًا على الخيار، وادعى تلفه، فاتهم أنه يريد رد البيع، فإنه يلزمه الثمن دون القيمة.

فصل: وقوله: «**الورق بالذهب ربًا، إلا هاء وهاء**»[1] قال ابن ثابت فى غريبه: إلا هاء وهاء، بالمد، وذلك يقتضى النقد مع العقد، وظاهر، يقتضى أن هاء وهاء، تنوب عن العقد والنقد؛ لقرب أحدهما من الآخر، فعلى هذا لا يجوز أن يتأخر النقد عن العقد، ومن صفته أن يكونا معًا مثل الدرهمين أو يكون النقد متصلاً بتمام العقد، أو فى حكم المتصل؛ لقربه منه مع كونهما فى مجلس واحد، وما هو فى حكمه من القرب على ما قدمناه.

وأما إن فصل بينهما طول مجلس والخروج من أمر إلى أمر غيره، ومن الصرف إلى الإعراض عنه والاشتغال بغيره، فإن ذلك غير جائز خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: إن ذلك جائز.

والدليل على ما نقوله الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «الورق بالذهب ربًا، إلا هاء وهاء».

ودليلنا من جهة المعنى أن هذا صرف تأخر القبض فيه عن العقد، فوجب أن لا يصح كما لو قاما من مجلسهما.

---

(١) «هاء وهاء» قال النووى: فيه لغتان المد والقصر أفصح وأشهر وأصله هاك، فأبدلت المدة من الكاف ومعناه خذ هذا ويقول صاحبه مثله والمدة مفتوحة ويقال أيضًا بالكسر ومن قصره قال وزنه وزن خف.

مسألة: إذا ثبت أن حكم النقد اتصاله بالعقد، فإن من حكمه حضور العوضين حال العقد والنقد. فأما العقد، فقد تقدم الكلام فيه. وأما حضورهما حين العقد، فلازم أيضًا، ولو أن المتصارفين عقدا الصرف بحضرة العوضين، ثم قبض أحدهما الدنانير، فأنفذها إلى بيته، ثم قبض الدراهم بعد ذلك، لم يجز.

وقد قال مالك: من ابتاع خلخال فضة بدنانير، فاستحقت، وقد أنفذ بها إلى بيته، فأراد المستحق أن يجيز البيع، وأراد هو أن ينقده من عنده الثمن، ويتبع البائع، أنه لا يجوز ذلك، ولو حضر الخلخال، جاز ذلك.

وقد قال أشهب: إن هذا استحسان، والقياس أنه مفسوخ؛ لأن لمستحقها فى ذلك الخيار، فجوز فى هذه المسألة إمضاء المستحق البيع مع حضور الخلخال من التجويز والنقد، ومنع ذلك مع غيبتهما؛ لأنهما مما يتعين بالنقد، وجوز ذلك فى الغاصب يشترى الدنانير ممن غصبها منه، وهى غائبة عنه، لما لم تكن معينة بالغصب.

وهذا فيه نظر إن حمل على ظاهره؛ لأن هذا الصرف موقوف على الفسخ، لا على الإجازة، وذلك لا يمنع إمضاءه كوجود الردىء فى أحد العوضين، فإن ذلك لا يوجب فسخ العقد إن رضى به الذى وجد الردىء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو كان فى حكم الحاضر، وذلك بأن يأخذ الصراف الدينار، فيدخله فى كمه أو تابوته، ثم يقضى عوضه، ويبيعه من غيره فى المجلس، ثم يقتضى عوضه قبل مغيبه، وقبل التفرق، فإنه مكروه لمضارعته معيب ما حضوره شرط فى صحة العقد.

قال مالك: إِذَا اصْطَرَفَ الرَّجُلُ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ، ثُمَّ وَجَدَ فِيهَا دِرْهَمًا زَائِفًا، فَأَرَادَ رَدَّهُ، انْتَقَضَ صَرْفُ الدِّينَارِ، وَرَدَّ إِلَيْهِ وَرِقَهُ، وَأَخَذَ إِلَيْهِ دِينَارَهُ، وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا إِلا هَاءَ وَهَاءَ» وَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: وَإِنِ اسْتَنْظَرَكَ إِلَى أَنْ يَلِجَ بَيْتَهُ، فَلا تُنْظِرْهُ، وَهُوَ إِذَا رَدَّ عَلَيْهِ دِرْهَمًا مِنْ صَرْفٍ بَعْدَ أَنْ يُفَارِقَهُ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ أَوِ الشَّيْءِ الْمُتَأَخِّرِ، فَلِذَلِكَ كُرِهَ ذَلِكَ، وَانْتَقَضَ الصَّرْفُ، وَإِنَّمَا أَرَادَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ أَنْ لا يُبَاعَ الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ وَالطَّعَامُ كُلُّهُ عَاجِلا بِآجِلٍ، فَإِنَّهُ لا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ تَأْخِيرٌ وَلا نَظِرَةٌ، وَإِنْ

كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ أَوْ كَانَ مُخْتَلِفَةً أَصْنَافُهُ(١).

---

(١) اختلف الفقهاء فى هذه المسألة: فمذهب مالك، وأصحابه أنه إذا اشترى منه مائة دينار بألف درهم: دينار بعشرة دراهم، ثم وجد درهما زائفا، فرضى به جاز، وإن رده انتقض الصرف فى دينار واحد، وإن وجد أحد عشر درهما زيوفا انتقض الصرف فى دينارين، وهكذا أبدا فيما زاد. وإن اشترى دراهم بدينار واحد، فوجد فيها درهما واحدا زائفا، فرده انتقض الصرف فى الدينار. وقال الثورى: إذا رد الدراهم الزيوف، فإن شاء أخذ منه بخمس مائة درهم، أو يكون شريكا بقدر ذلك فى الدينار.

وقال أبو حنيفة: إذا افترقا، ثم وجد النصف زيوفا، أو أكثر من النصف، فرده بطل الصرف فى المردود، وإن كان أقل من النصف استبدل. رواه محمد فى الإملاء. ورواه أبو يوسف أيضًا.

وقال أبو يوسف، ومحمد، والأوزاعى، والليث، والحسن بن حى: يستبدل الردئ كله. وقال زفر: يبطل الصرف فيما رد، قل، أو كثر. وعن الثورى مثل قول زفر أيضا.

وللشافعى قولان: أحدهما: يبطل الصرف كله. والآخر: يستبدل. وذكر أحمد بن حنبل، عن الحسن وابن سيرين، وقتادة أنهم قالوا: يبدل لهم ما رد عليه من الردئ، ولا ينتقض شيء من الصرف. قال أحمد: وهو أحب الأقاويل إلىّ.

قال أبو عمر: من قال: يستبدل احتج بأن الصرف لم يفترقا أولاً فيه إلا عن قبض صحيح عندهما، وكذلك الاستبدال لا يفارقه حتى يقبض منه، فلم يدخل فى شيء من فعلهما النساء.

وفى هذا المعنى جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال: إنما الربا على من أراد أن يربى. رواه معمر، عن أيوب، عن ابن سيرين، عن عمر. ومن قال: انتقض الصرف زعم أن الزائف لم يقبض بذلك، فصار كأنه أخره.

ومعنى قول مالك أنه ينتقض الصرف فى الدينار أنه لما سمى لكل دينار من الدراهم شيئا معلوما ما لم ينتقض إلا صرف الدينار، إلا أن يكون الزائف أكثر منه فينتقض على حسب ما وصفت.

والأصل فى هذا كله قوله ﷺ: «الذهب بالورق إلا هاء وهاء». ونهيه عن بيع الفضة بالذهب نسئًا.

وفى هذا الباب أيضًا اختلافهم فى قبض الصرف: فقال مالك، والشافعى: إذا لم يقبض البعض حتى يفترقا بطل البيع كله. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: يصح فى المقبوض، ويبطل فيما لم يقبض.

واختلفوا فى الصرف على ما ليس عند أحدهم فى حين العقد: فقال أبو حنيفة، والشافعى: يجوز أن يشترى دينارًا بعشرة دراهم ليست عند واحد منهما، ثم يستقرض فيدفعه قبل الافتراق. وقال زفر: لا يجوز إلا أن يعين أحدهما مثل أن يقول: أشترى منك ألف درهم بهذه المائة الدينار.

وروى عن مالك مثل ذلك؛ إلا أنه قال: يحتاج أن يكون قبضه لما لم يعينه متصلا بمنزلة النفقة كلها منه. وكان الحسن بن حى يكره أن يبيعه دراهم بدنانير ليست عنده.

قال أبو عمر: اتفق هؤلاء المذكورون على جواز الصرف إذا كان أحدهما دينا، وقبضه فى المجلس، والله الموفق. انظر هذه المسألة فى الاستذكار ١٩/٢٣٤، وما بعدها.

الشرح: وهذا كما قال أن الصرف مبنى على المناجزة والمفاصلة فى الفور، فإذا تصارفا، فلا يجوز أن يفترقا، إلا عن تناجز، وإذا قال أحدهما لصاحبه: إن وجدت عيبًا رددته إليك، ففى سماع أشهب من العتبية عن مالك: لا يجوز ذلك، ويرد هذا الصرف، وإن وجدها خيارًا كلها.

ووجه ذلك أنه لم يأخذ الدراهم على وجه الحيازة لها، وإنما أخذها مؤتمنًا عليها لربها، وكذلك لا يجوز أن يأخذها منه على التصديق فى جودتها ووزنها، ولا يفارقه إلا على نهاية ما تمكن من الانتجاز.

فإن قبضها وتفرقا على رؤية، ففى كتاب محمد: أن العقد، ينتقض وإن أصابها كما قال. وحكى أشهب عن مالك أنه جائز.

وجه الرواية الأولى ما قدمناه من ترك إكمال عمل الصرف كما لو ائتمنه دافع الدنانير على انتقادها ووزنها.

ووجه قول أشهب أنه لم يبق بينهما من العمل إلا ما لا يمكن قطعه بالوزن والانتقاد، وهو أن القول قول الدافع، وإنما يفسد العقد، ويمنع الانتجاز أن يكون القول قول القابض؛ لأن هذا حكم ما لم يتنجز فيه القبض.

مسألة: فإن أخذها بعد الوزن والانتقاد، فوجدها تنقص، فإن النقص على ضربين، نقص فى الوزن، ونقص فى الصفة. فأما النقص فى الوزن، فلا يخلو أن يجده قبل التفرق أو بعده، فإن علم به قبل التفرق، فإن له أن يرضى به أو يأخذ به ما شاء، رواه القاسم عن مالك، وذلك أن التناجز وجد قبل التفرق.

ولو أراد أن يؤخره بقدر ذلك النقص لم يجز، فإن تفرقا قبل أن يستوفى ذلك النقص، فالذى قاله أصبغ ينتقض الصرف كله، ولو نقصت منه حبة، وبه قال محمد. وحكى ابن القاسم: أنه جائز لا ينتقض منه، إلا بمقدار ذلك النقص إلى تمام دينار.

وجه قول أصبغ أن العقد إذا دخل بعضه الفساد بتأخر القبض، تعدى إلى ما قبض كما لو عقدا على ذلك الصرف.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن تأخر القبض بعد التزام العقد، لا يتعدى إلى جميع العقد كالعيب يجده ببعض الدراهم.

مسألة: فأما إن وجد النقص بعد التفرق، وذلك لسرقة الصيرفى، فأراد أن يطالب

به، فلا خلاف على المذهب أن النقص يلحق العقد، وإن أراد ترك النقص، وصحيح العقد، فروى ابن وهب وابن عبد الحكم: أن ذلك جائز. وروى ابن المواز عن مالك: أن ذلك لا يجوز، وإن قل. ورويا عنه: أنه لا يجوز فى الكثير، واختاره أصبغ.

وجه رواية الجواز أنه نقص وجد فى عوض الصرف، فلا يمنع صحة العقد مع ترك المطالبة له كنقص الصفة.

ووجه المنع على الإطلاق أن تأخر العوض فى الصرف يمنع الصحة فى العقد كما لو علم بالنقص، فأخره، ولا ناقد، أجمعنا على أنه لو طلب النقض لفسد العقد، ولم يمنع من ذلك علمه بالنقص، وكذلك إذا تركه.

ووجه الفرق بين القليل والكثير، أن القليل غير مقصود ومعلوم فى الأغلب أن مثل هذا لا يطلب، ولا تتبعه النفس، فكأنه لما لم يبق له إلا ما جرت العادة بتركه والتسامح به قبض جميعه؛ لأن ما نقصه لو علم به لتركه، فكذلك إذا تركه الآن، وهو محمول على ذلك، وأما الكثير، فإنه مما جرت العادة بطلبه، فإنما يكون تاركًا له الآن، وقد وجد الفساد فى العقد بالتفرق قبل قبضه أو تركه.

فرع: فإذا قلنا بالتفريق بين اليسير والكثير، فكم اليسير؟ روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: أن الدانق فى صرف الدينار يسير. وقال أصبغ: هو أن ينقص ألف درهم درهمًا. وأما صرف الدينار، فما نقص منه من قليل أو كثير، فهو كثير ينتقض الصرف ما لم يكن من اختلاف الموازين التى لم تجر العادة باتباعه، ولا طلبه، وإذا قلنا إنه ينتقض، فقال أصبغ: ينتقض كله. وقال ابن القاسم: ينتقض منه ما بين النقص وكمال الدينار.

فصل: وأما النقص من جهة الصفة، كالعيب يجده فى أحد عوضى الصرف، فإنه لا خلاف على المذهب نعلمه، أن من وجد ذلك ورضى به، فإن عقده لا يفسد به، فإن أراد رده، فهل له ذلك أم لا؟ المشهور من المذهب أن البدل فيه غير جائز، والصرف فيه منتقض. وقال ابن وهب من أصحابنا: إن البدل فيه جائز، حكاه عنه ابن حبيب وغيره، وبه قال ابن شهاب والليث بن سعد.

وجه ما ذهب إليه مالك يحتمل أن يكون مبنيًا على أن الصرف ينتقض من أصله بالبدل، وهو وقت العقد فيه، فيبطل فى المعيب؛ لتأخر دفع العوض فيه من حين العقد إلى وقت الرد بالعيب، ويحتمل قول ابن وهب أن يكون مبنيًا على أن الرد بالعيب نقض

للعقد حين الرد بالعيب دون ما تقدمه، فلا يكون فى ذلك تأخير للبدل عن وقت عرا عن قبض؛ والله أعلم وأحكم.

مسألة: والهبة اللاحقة بالصرف لا خلاف على المذهب أنه يجوز البدل فيها، وقد روى عن مالك فيمن باع ثوبًا بدينار إلا درهمين فتناقدا، ثم وجد بالدراهم عيبًا، روى عنه ابن القاسم يبدله، وليس مثل الصرف، يريد أن هذا لما كان الغالب منه البيع، والصرف تبع له، كان حكمه فى جواز البدل حكم البيع، لا حكم الصرف، وروى عنه ابن وهب: ينتقض الجميع.

فرع: فإذا قلنا بمنع البدل، فلا يخلو أن يكون الذهب من جنس واحد، أو مختلف الجنس، فإن كان من جنس واحد، فإن بيعه يكون على ضربين، أحدهما: أن يقول أبيعك هذه العشرة دنانير كل دينار بعشرة دراهم، يذكر حصة كل دينار منها. والثانى: أن يذكر جملة الصرف خاصة، فيقول: أبيعك هذه العشرة دنانير بمائة درهم، فإن كان ذكر صرف كل دينار منها، فلا خلاف أنه لا ينقض إلا بقدر دينار واحد، وإن كان إنما ذكر جملة الصرف، فالمشهور من المذهب أنه لا يتنقض منه إلا دينار واحد، ورواه عيسى عن ابن القاسم.

وفى العتبية، فى نقرة يبتاعها جزافًا بمائة دينار، فيجد منها مسمار نحاس، أو يبيعها كل عشرة دراهم بدينار: أن ذلك سواء، وينتقض منها بقدر المسار إلى تمام دينار.

وقال القاضى أبو محمد: ينتقض جميع الصرف.

وجه القول الأول أن الدنانير المتساوية تقتضى التقابل، وتمنع التقسيط، فلا يرتبط بعضها ببعض فى نقض العقد لعيب الصفة. أصل ذلك إذا ذكر كل دينار بصرفه.

ووجه قول القاضى أبى محمد ما احتج به من أنه إذا سمى لكل واحد من الدنانير حصة، فإنه قد أفرده بالعقد، وإذا سمى الجملة، فقد شملها العقد، فإذا بطل بعضه، بطل جميعه، وإن كانت الدنانير قرضًا، فقد قال ابن القاسم: يرد منها أصغر قرض فيها، ويضيف إلى الدرهم الزائف من الدراهم ما يقابل تلك القرضة، وهذا مبنى على قول مالك أن قرض القراضة المضروبة مكروه.

وأما على تجويز أصبغ لذلك، فيجب أن يقرض منها بقدر الدرهم الزائف، وهذا على قولنا إن الدنانير تتعين بالنقد، وعلى قولنا لا تتعين، يرد له، من عنده قرضة ذهب بقدر الدرهم الزائف.

فرع: وإن كانت الدنانير مختلفة الأجناس والقيم، ففى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم، فيمن اشترى حليًّا مصوغًا أسورة وخلاخل وغير ذلك بدراهم، فوجد بها درهمًا زائفًا: أنه ينتقض الصرف كله.

ووجهه أن اختلاف قيم الحلى بالصياغة يقتضى التقسيط، وإذا دخل ذلك التقسيط سرى من الدراهم جزء إلى كل جزء من الحلى، فإذا انتقض الصرف فى الدرهم انتقض فى جميع الحلى.

ولو وجد فى جميع الحلى مسمار نحاس، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم أن ذلك إن كان فى سوارين من الحلى انتقص، فى السوارين جميعًا. وروى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: يردها كلها، وإن كانت مائة زوج.

وجه رواية أبى زيد أن السوارين بمنزلة شىء واحد، فإذا انتقض الصرف فى أحدهما: انتقض فيهما، لأنه لا يجوز أن يفترقا فى الرد على من باعهما مجتمعين؛ لما فى ذلك من الفساد، ولأن النقص لما طرأ من جهتهما، والعوض الذى يقارب مساوٍ، لم يدخله التقسيط، وإنما يلحق الحلى التقدير والتقويم، فإذا علمت قيمة كل نوع منه قوبل من الدرهم بمقدار ذلك.

ووجه رواية عيسى أنه إذا وجد الاختلاف فى أحد العوضين، لزم التقويم، وهو معنى التقسيط، وإنما يسقط التقسيط مع تساوى أجزاء كل واحد من العوضين، فإن لم يكن كذلك، فلابد من التقويم والتقسيط.

فرع: إذا ثبت ذلك، فبم ينتقض ما ينتقض من الصرف لوجود العيب فى أحد عوضيه، الظاهر من المذهب أنه ينتقض بإنفاذ الرد، لا بإرادته، ولو وجد عيبًا به، فجاء ليرده، فأرضاه الآخر حتى لا بدل له؛ لجاز ذلك بينهما، وبماذا يصح أن يرضيه.

قال سحنون عن ابن القاسم، فيمن باع من رجل طوق ذهب مائة دينار بألف درهم، فوجد به عيبًا فجاء لرده، فصالحه من ذلك بدينار، دفعه إليه: أنه جائز. وروى ابن سحنون عن أبيه: أن ذلك غير جائز.

ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الرد يتم بينهما، وأخذ عن ذلك دينارًا، فلا يفسد الرد، لأن الرد لم يتم وقد منعه منه بما أرضاه به، ولا يفسد، لأنه بمنزلة أن يبيعه مائة دينار ودينارًا بألف درهم، وليس فى الدينار الذى أعطاه تأخير؛ لأنه نقده حين العقد عليه والرضا به، كما لو زاده دينارًا بعد العقد.

وجه قول ابن سحنون ما آل إليه أمرهما من الفساد بأن صارفه مائة دينار نقدًا ودينارًا مؤجلاً بألف درهم.

مسألة: وإن صالحه عن ذلك بمائة درهم، قال ابن القاسم: إن كانت من جنس الدراهم التى دفع إليه، جاز، وإن كانت من غير جنسهما، لم يجز. قال أشهب: ذلك جائز فيهما.

وجه قول ابن القاسم أنه إذا رد إليه من جنس دراهمه، فقد صار ثمن الطوق باق الدراهم، ولم يتم الرد، فوجب أن يصح، وإذا رد عليه مائة درهم من غير جنس دراهمه، فقد باعه طوقًا ومائة درهم بألف درهم، وذلك غير جائز.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن هذا ليس من الصرف، وإنما نستثنى منه الرد عليه بالعيب.

فصل: وقوله: «**وهو إذا رد عليه درهمًا من صرف بعد أن يفارقه، كان بمنزلة الدين أو الشيء المستأخر، فلذلك كره ذلك، وانتقض الصرف**» معناه أنه إذا رد عليه الذهب الزائف بعد المفارقة له، كان ما بدله من الدراهم دينًا على بائع الدراهم، تأخر القبض فيه عن وقت العقد، فلا يصح إتمام الصرف فيه، ويجب نقضه.

فصل: وقوله: «**وإنما أراد عمر أن لا يباع الذهب والورق، والطعام كله عاجل بآجل، فإنه لا ينبغى أن يكون فى شيء من ذلك تأخير ولا نظرة، كان من صنف واحد أو أصناف مختلفة**» هذا مذهب مالك، رحمه الله، أنه لا يجوز التفرق قبل القبض فى بيع الطعام، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: ذلك جائز.

والدليل على ما يقوله الحديث المذكور عن النبى ﷺ أنه قال: «الذهب بالورق ربًا، إلا هاء وهاء، والتبر بالتبر ربًا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربًا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا إلا هاء وهاء»(*).

* * *

المراطلة

١٣١٢ – مَالِك، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْـنِ قُسَيْطٍ اللَّيْثِيِّ أَنَّـهُ رَأَى سَعِيدَ بْنَ

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣١١.

١٣١٢ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩٥.

الْمُسَيَّبِ يُرَاطِلُ الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، فَيُفْرِغُ ذَهَبَهُ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ، وَيُفْرِغُ صَاحِبُهُ الَّذِي يُرَاطِلُهُ ذَهَبَهُ فِي كِفَّةِ الْمِيزَانِ الأُخْرَى، فَإِذَا اعْتَدَلَ لِسَانُ الْمِيزَانِ أَخَذَ وَأَعْطَى.

الشرح: قوله: «**يراطل الذهب بالذهب**» يريد مبادلة أحدهما بالآخر وزنًا بوزن، وهى المراطلة، وهو على ضربين، أحداهما: غير مسكوك، فلا خلاف على المذهب فى جوازه. والثانى: مسكوك، فهو مخرج فى المذهب على روايتين، إحداهما أنه جائز، وذلك مبنى على أن الدنانير والدراهم تتعين بالعقد.

وعلى هذا ترد أكثر مسائل أصحابنا فى المراطلة، فإن أقوالهم فى ذلك مطلقة لا تتقيد بمعرفة الوزن، والثانية: أنه لا يجوز، وذلك مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالعقد؛ لأن هذا من باب الجزاف، والجزاف من مسكوك الذهب والفضة، لا يجوز العقد عليه إلا أن يكون هذا الحكم يختص عندهم بالمراطلة، ولا فرق بينها وبين الصرف وغيره من البيوع، والله أعلم.

وقد رأيت لبعض أصحابنا أنه لا يجوز المراطلة بين الدنانير والدراهم لهذا المعنى، وقد يجوز ذلك بأن يعرف وزن أحد الذهبين، ثم يراطل بها الآخر.

مسألة: فأما إن وزنت إحدى الذهبين، ثم وزن بعد ذلك بدلها بتلك الصنخة، فإنه جائز، إذا تيقنت المساواة بينهما؛ لأنه الذهب بالذهب مثلاً بمثل، وقد عرا عن الجزاف بمعرفة قدره.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ بِالْوَرِقِ مُرَاطَلَةً، أَنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ أَنْ يَأْخُذَ أَحَدَ عَشَرَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ يَدًا بِيَدٍ إِذَا كَانَ وَزْنُ الذَّهَبَيْنِ سَوَاءً، عَيْنًا بِعَيْنٍ، وَإِنْ تَفَاضَلَ الْعَدَدُ، وَالدَّرَاهِمُ أَيْضًا فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَانِيرِ(١).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يراعى فى مراطلة الذهب بالذهب، والورق بالورق، العدد، وإنما يراعى فيه الوزن، سواء كانت كلها مجموعة أو فرادى، أو قائمة، أو كان أحد العوضين مجموعة، والثانية فرادى أو قائمة.

ووجه ذلك أن الاعتبار فى الورق والذهب إنما هو بالوزن، وإنما أبيح التعامل فيه بالعدد فى بعض البلاد للعرف مع العلم بالوزن فيما لا يراعى فيه التساوى.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٢٤٠.

فإذا كان العقد مما يراعى فيه التساوى، وجب أن يعتبر الوزن الذى هو أصل اعتباره، ووجه المساواة فيه، وسقط حكم العدد؛ لأنه لا اعتبار به فى فساد عقد ولا صحته، وسواء كان أحد العضوين تبرًا والآخر مسكوكًا، أو مصوغًا، أو تبرًا مثله ذلك كله واحد فى اعتبار المساواة فيه بالوزن، ولا اعتبار فى ذلك بسكة ولا صياغة على وجه المراطلة دون اقتضائه من الدين، وبالله التوفيق.

قال مالك: مَنْ رَاطَلَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقًا بِوَرِقٍ، فَكَانَ بَيْنَ الذَّهَبَيْنِ فَضْلُ مِثْقَالٍ، فَأَعْطَى صَاحِبَهُ قِيمَتَهُ مِنَ الْوَرِقِ أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، فَلا يَأْخُذُهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ قَبِيحٌ وَذَرِيعَةٌ إِلَى الرِّبَا؛ لأَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمِثْقَالَ بِقِيمَتِهِ حَتَّى كَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ عَلَى حِدَتِهِ جَازَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمِثْقَالَ بِقِيمَتِهِ مِرَارًا؛ لأَنْ يُجِيزَ ذَلِكَ الْبَيْعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ.

قال مالك: وَلَوْ أَنَّهُ بَاعَهُ ذَلِكَ الْمِثْقَالَ مُفْرَدًا، لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ لَمْ يَأْخُذْهُ بِعُشْرِ الثَّمَنِ الَّذِى أَخَذَهُ بِهِ؛ لأَنْ يُجَوِّزَ لَهُ الْبَيْعَ فَذَلِكَ الذَّرِيعَةُ إِلَى إِحْلالِ الْحَرَامِ، وَالأَمْرُ الْمَنْهِيُّ عَنْهُ[٢].

الشرح: وهذا كما قال أن من راطل ذهبًا بذهب، فإنه لا يجوز أن يكون مع أحد الذهبين ورق ولا عرض، ولا شىء، سواء كانت إحدى الذهبين أكثر من الأخرى، ويكون العرض من العرض أو غيره فى مقابلة زيادة أحد الذهبين على الآخر، أو كان الذهبان متساويين.

وبيان ذلك أن يكون قد دفع إليه دينارين بدينار، ويجعل مع الدينار ثوبًا أو طعامًا أو ورقًا أو غير ذلك؛ ليكون فى مقابلة الدينار الآخر، فإنه لا يجوز ذلك.

ومنع منه مالك لوجهين، أحدهما: أنه قبيح، وممنوع لنفسه، ولفساد العقد على هذا الوجه لما فيه من التفاضل بين الذهبين؛ لأن السلعة التى مع الدينار مقسطة مع دينارها على الدينارين، فيصيب كل دينار نصف دينار، ونصف السلعة، وربما كانت السلعة أكثر قيمة من الدينار أو أقل قيمة، فيقابل أكثر الدينارين أو أقلهما، ويقابل الباقى من الذهب التى مع السلعة أقل من وزنها أو أكثر، ولهذا منعه الشافعى، وإن لم يقل بالذرائع.

والوجه الثانى: أن هذا العقد ممنوع للذريعة إلى الحرام الذى لا يجوز، وقد تقدم

---

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٢٤٠.

الكلام على وجوب القول بالذرائع، وتفسير ذلك فى هذه المسألة ما احتج به مالك من أنه إذا جاز له أن يأخذ بالمثقال قيمته حتى كأنه اشتراه مفردًا جاز له أن يأخذ قيمته مرارًا؛ ليجيز البيع بينه وبين صاحبه يريد بذلك؛ ليجيز المحظور الممنوع بالشرع.

وذلك أنه إذا باع دينارًا رديئًا بدينارين جيدين، وعلم أنه لا يصح أن يعطيه بذلك الدينار نصف دينار جيد جعل الدينار ما يساوى أكثر من الدينار الجيد مرارًا، وجعله ثمنًا للدينار الجيد، فيكون فى الظاهر، قد أعطاه دينارًا رديئًا بدينار جيد، وأعطاه السلعة بالدينار الآخر الجيد، وهو فى الحقيقة إنما أعطاه الدينار الردىء بنصف دينار جيد، وأخذ السلعة بدينار ونصف من الذهب الجيد، وهذا مما لا يحل ولا يجوز.

ولذلك قال مالك: ولو أنه باعه ذلك الدينار مفردًا لم يأخذه بعشر الثمن، يعنى أن ذلك الدينار الردىء الذى مع السلعة لو باعه مفردًا، لم يعطه به الدينار الجيد من الدينارين.

وإنما أضاف إليه السلعة؛ ليتوصل بذلك إلى أخذ بعض دينار جيد بدينار ردىء، وهذه المسألة تعرف بمسألة مدى عجوة؛ لأنها تفرض فيمن باع مد عجوة ودرهما بدرهمين، وجوز ذلك أبو حنيفة، وقال: إن من باع مائة دينار فى قرطاس بمائتى دينار، أنه جائز، ويحتسب بالقرطاس فى مائة دينار، وتكون المائة الباقية من المائتين بالمائة التى فى القرطاس.

والدليل على المنع من ذلك ما رواه مسلم فى صحيحه من حديث على بن رباح اللخمى أنه سمع فضالة بن عبيد الأنصارى يقول: أتى رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها خرز وذهب، وهى من المغانم تباع، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذى فى القلادة، فنزع وحده، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن»(*).

فوجه الدليل من الخبر أنه أمر بنزع الخرز وإفراد الذهب؛ ليمكن بيعه، ولو جاز بيعه مع الخرز لما احتاج إلى وزنه، ثم قال: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن» فنبه بذلك على أن علة إفراده بالبيع أن يتحقق فيه الوزن بالوزن.

مسألة: ولا يجوز أن يكون مع كل واحد من الذهبين شىء تساويا أو اختلفا، فلا يجوز دينار ودرهم بدينار ودرهم، الديناران متساويان والدرهمان كذلك، وأجازه الشافعى.

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥٩١. أبو داود حديث رقم ٣٣٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٤٢١، ٢٣٤٤٨.

والدليل على صحة ما نقوله أنه قد وجد على كل واحد من عوض الذهب ما ليس بذهب، فلم يجز أن يشملهما بيع كما لو كان مع كل واحد منهما سلعة.

قَالَ مَالِك فِي الرَّجُلِ يُرَاطِلُ الرَّجُلَ، وَيُعْطِيهِ الذَّهَبَ الْعُتُقَ الْجِيَادَ، وَيَجْعَلُ مَعَهَا تِبْرًا ذَهَبًا غَيْرَ جَيِّدَةٍ، وَيَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ ذَهَبًا كُوفِيَّةً مُقَطَّعَةً، وَتِلْكَ الْكُوفِيَّةُ مَكْرُوهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ، فَيَتَبَايَعَانِ ذَلِكَ مِثْلا بِمِثْلٍ: إِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ صَاحِبَ الذَّهَبِ الْجِيَادِ أَخَذَ فَضْلَ عُيُونِ ذَهَبِهِ فِي التِّبْرِ الَّذِي طَرَحَ مَعَ ذَهَبِهِ، وَلَوْلا فَضْلُ ذَهَبِهِ عَلَى ذَهَبِ صَاحِبِهِ لَمْ يُرَاطِلْهُ صَاحِبُهُ بِتِبْرِهِ ذَلِكَ إِلَى ذَهَبِهِ الْكُوفِيَّةِ، فَامْتَنَعَ، وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ كَمَثَلِ رَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يَبْتَاعَ ثَلاثَةَ أَصْوُعٍ مِنْ تَمْرٍ عَجْوَةٍ بِصَاعَيْنِ وَمُدٍّ مِنْ تَمْرٍ كَبِيسٍ، فَقِيلَ لَهُ: هَذَا لا يَصْلُحُ، فَجَعَلَ صَاعَيْنِ مِنْ كَبِيسٍ وَصَاعًا مِنْ حَشَفٍ، يُرِيدُ أَنْ يُجِيزَ بِذَلِكَ بَيْعَهُ، فَذَلِكَ لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُ الْعَجْوَةِ لِيُعْطِيَهُ صَاعًا مِنَ الْعَجْوَةِ بِصَاعٍ مِنْ حَشَفٍ، وَلَكِنَّهُ إِنَّمَا أَعْطَاهُ ذَلِكَ لِفَضْلِ الْكَبِيسِ أَوْ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: بِعْنِي ثَلاثَةَ أَصْوُعٍ مِنَ الْبَيْضَاءِ بِصَاعَيْنِ وَنِصْفٍ مِنْ حِنْطَةٍ شَامِيَّةٍ، فَيَقُولُ: هَذَا لا يَصْلُحُ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، فَيَجْعَلُ صَاعَيْنِ مِنْ حِنْطَةٍ شَامِيَّةٍ وَصَاعًا مِنْ شَعِيرٍ، يُرِيدُ أَنْ يُجِيزَ بِذَلِكَ الْبَيْعَ فِيمَا بَيْنَهُمَا، فَهَذَا لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لِيُعْطِيَهُ بِصَاعٍ مِنْ شَعِيرٍ صَاعًا مِنْ حِنْطَةٍ بَيْضَاءَ لَوْ كَانَ ذَلِكَ الصَّاعُ مُفْرَدًا، وَإِنَّمَا أَعْطَاهُ إِيَّاهُ لِفَضْلِ الشَّامِيَّةِ عَلَى الْبَيْضَاءِ، فَهَذَا لا يَصْلُحُ وَهُوَ مِثْلُ مَا وَصَفْنَا مِنَ التِّبْرِ.

قال مالك: فَكُلُّ شَيْءٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالطَّعَامِ كُلِّهِ الَّذِي لا يَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ، فَلا يَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ مَعَ الصِّنْفِ الْجَيِّدِ مِنَ الْمَرْغُوبِ فِيهِ الشَّيْءُ الرَّدِيءُ الْمَسْخُوطُ لِيُجَازَ الْبَيْعُ، وَلِيُسْتَحَلَّ بِذَلِكَ مَا نُهِيَ عَنْهُ مِنَ الأَمْرِ الَّذِي لا يَصْلُحُ إِذَا جُعِلَ ذَلِكَ مَعَ الصِّنْفِ الْمَرْغُوبِ فِيهِ، وَإِنَّمَا يُرِيدُ صَاحِبُ ذَلِكَ أَنْ يُدْرِكَ بِذَلِكَ فَضْلَ جَوْدَةِ مَا يَبِيعُ، فَيُعْطِي الشَّيْءَ الَّذِي لَوْ أَعْطَاهُ وَحْدَهُ لَمْ يَقْبَلْهُ صَاحِبُهُ، وَلَمْ يَهْمُمْ بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ مِنْ أَجْلِ الَّذِي يَأْخُذُ مَعَهُ لِفَضْلِ سِلْعَةِ صَاحِبِهِ عَلَى سِلْعَتِهِ، فَلا يَنْبَغِي لِشَيْءٍ مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالطَّعَامِ أَنْ يَدْخُلَهُ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ

الصِّفَةِ، فَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الطَّعَامِ الرَّدِيءِ أَنْ يَبِيعَهُ بِغَيْرِهِ فَلْيَبِعْهُ عَلَى حِدَتِهِ، وَلا يَجْعَلُ مَعَ ذَلِكَ شَيْئًا، فَلا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ[1].

الشرح: وهذا كما قال: أن من راطل ذهبا بذهب وأحد، الذهبين من جنسين، فإن كان لم يعلم بمقدار الجيد من الردىء، لم تجز المراطلة، ولا المبايعة كلها، وإن علم مقدار ذلك، لم يخل أن يكون أحد الذهبين من جنس الذهب المفردة مساوية لها فى الجودة والنفاق أو لا تكون إحداهما مساوية لها.

فالظاهر من المذهب جواز ذلك، سواء كانت الذهب التى معها أفضل أو أدون، وهذا إلا وجه فيه لمنع الذريعة؛ لأن مساواة إحدى الذهبين الذهب التى فى عوضها تنفى التهمة التى تلحق من جهة التقسيط، فموجود إلا أن يحمل التقسيط على وجه الذريعة والتهمة فى ذلك، فيبعد أيضًا، وهذا ما لم يكن رداءة أحد الذهبين من غش نحاس فيها، وإنما هى الرداءة فى غش الذهب، فإن كانت مغشوشة بنحاس، لم تجز المراطلة بها، قاله الشيخ أبو إسحاق، وأن ما قال مالك فى الذهب المفردة بالذهب المفردة.

مسألة: وإن كانت غير مساوية لها، فلا يخلو أن يكون الذهبان أفضل، أو أدنى من الذهب المفردة، أو يكون إحدى الذهبين أفضل من المفردة، والثانية أدنى منها، فإن كانت أفضل أو أدنى، فعلى ما تقدم، وإن كانت إحداهما أفضل، والأخرى أدنى، فلا خلاف فى المذهب أنه لا يجوز.

ووجه ذلك ما يلزم من تقسيط الذهب المفردة على الذهبين اللتين إحداهما أفضل منها، والأخرى أدنى منها، فيؤديه ذلك إلى التفاضل فى الذهب أو يمنع ذلك التهمة فى قصد ذلك، فتقوى التهمة هنا دون أن تكون إحدى الذهبين مساوية لها والأخرى أفضل وأدنى، فإن التهمة تضعيف فيهما على ما قدمناه.

مسألة: ولو كانت دراهم سود بدارهم بيض دونها، ومع السود فضة كفضة البيض، ففى كتاب محمد: أن ذلك لا يجوز لنقص السكة، يريد أن نقص السكة فى فضة البيض، إنما سومح فيه، لفضل السود على الدارهم البيض، فراعى السكة مع التناجز، والذى فى المدونة خلاف هذا، والله أعلم.

* * *

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٩/٢٤٤.

العينة وما يشبهها

١٣١٣ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ».

١٣١٤ - مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ».

الشرح: قوله ﷺ: «من ابتاع طعامًا، فلا يبعه حتى يستوفيه»(١) يريد أنه إذا استفاده

١٣١٣ - أخرجه البخارى ١٤٢/٣ كتاب البيوع باب بيع الطعام، عن ابن عمر. مسلم كتاب البيوع جـ١١٥٩/٣ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، عن ابن عباس. أبو داود برقم ٣٤٩٢ باب ٣١ كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، عن ابن عمر. الترمذى برقم ١٢٩١ جـ٥٧٧/٣ كتاب البيوع باب كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه، عن ابن عباس. النسائى ٢٨٥/٧ كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، عن ابن عمر. ابن ماجه برقم ٢٢٢٦ جـ٧٤٩/٢ كتاب التجارات، عن ابن عمر. أخرجه أحمد ٦٣/٢، عن ابن عمر. البيهقى فى السنن ٣١٢/٥، عن جابر. ذكره بنصب الراية ٣١/٤، عن ابن عمر. البغوى بشرح السنة ١٠٦/٨، عن ابن عمر. أخرجه ابن ماجه فى التجارات ٢٢٢٦، ٢٢٢٩. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٧، مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٢٥، ٤٦٩٤، ٥٢١٣، ٥٢٨٢، ٥٤٠٣، ٥٤٧٦، ٥٨٢٧، ٥٨٦٦، ٦٢٣٩، ٦٤١٥. الدارمى فى البيوع ٢٥٥٩.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠٤/٨: هذا حديث صحيح الإسناد مجتمع على القول بجملته، إلا أنهم اختلفوا فى بعض معانيه.

١٣١٤ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٣. مسلم فى البيوع ١٥٢٦. النسائى فى البيوع ٤٥٩٣، ٤٥٩٤، ٤٦٠١. أبو داود فى البيوع ٣٤٩٢، ٣٤٩٥. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٢٦. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٧، مسند المكثرين من الصحابة ٤٦٢٥، ٤٦٩٤، ٥٢١٣، ٥٤٠٣، ٥٤٧٦، ٥٨٢٧، ٥٨٦٦، ٦٤١٥. الدارمى فى البيوع ٢٥٥٩. ذكره الطحاوى فى معانى الآثار ٣٨/٤، عن جابر. أخرجه أحمد ٢٧٠/١، عن ابن عباس. البيهقى ٣١٤/٥، عن ابن عمر. ذكره فى المجمع ٩٨/٤، عن عمر. الطحاوى فى المشكل ٢٢١/٤، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٠٤/٨: ظاهر هذا الحديث يحظر ما وقع عليه اسم طعام إذا اشترى حتى يستوفى، واستيفاؤه قبضه على حسب ما جرت العادة فيه من كيل أو وزن.

قال الله عز وجل: ﴿أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين﴾. وقال: ﴿فأوف لنا الكيل وتصدق علينا﴾. وقال: ﴿وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون﴾.

وأما اختلاف العلماء فى معنى هذا الحديث فإن مالكًا قال: من ابتاع طعاما أو شيئا من جميع=

بالابتياع، فلا يبعه حتى يقبضه، ويستوفيه من بائعه منه؛ لأنه لا يجوز أن يتوالى على الطعام عقدا بيع، لا يتخللهما استيفاء بالكيل، إن كان مكيلاً، أو بالوزن، إن كان موزونًا؛ لنهى النبى ﷺ عن ذلك.

وفى هذا أربعة أبواب، الباب الأول: فى تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات. والباب الثانى: فى تمييز ما يختص به من وجوه الاستفادة. والباب الثالث: فى تمييز ما يكون قبضًا واستيفاء. والباب الرابع: فى تمييز ما يصح قبض الثانى.

* * *

الباب الأول فى تمييز ما يختص به هذا الحكم من المبيعات

المبيع على ضربين، مطعوم وغير مطعوم. فأما المطعوم، فإنه على قسمين، قسم يجرى فيه الربا، وقسم لا يجرى فيه. فأما ما يجرى فيه الربا، فلا خلاف على المذهب فى أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه.

=المأكول، أو المشروب، مما يدخر، ومما لا يدخر، ماكان منه أصل معاش، أو لم يكن حاشا الماء وحده، فلا يجوز بيعه قبل القبض، لا من البائع، ولا من غيره، سواء كان بعينه، أو بغير عينه، إلا أن يكون الطعام ابتاعه جزافًا، صبرة، أو ما أشبه ذلك، فلا بأس ببيعه قبل القبض؛ لأنه إذا ابتيع جزافا كان كالعروض التى يجوز بيعها قبل القبض، هذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال الأوزاعى: والملح، والكزبر، والشونيز، والتوابل، وزريعة الفجل التى يؤكل زيتها، وكل ما يؤكل، ويشرب، ويؤتدم به، فلا يجوز بيعه ولا بيع شىء منه قبل القبض، إذا ابتيع على الكيل أو الوزن، ولم يبع جزافًا هذه الجملة مذهب مالك المشهور، عنه فى هذا الباب.

قال: وأما زريعة السلق، وزريعة الجزر، والكراث، والجرجير، والبصل، وما أشبه ذلك، فلا بأس أن يبيعه الذى اشتراه قبل أن يستوفيه؛ لأن هذا ليس بطعام، ويجوز فيه التفاضل، وليس كزريعة الفجل الذى منه الزيت؛ لأن هذا طعام.

وما لا يجوز أن يباع قبل القبض عند مالك وأصحابه، فلا يجوز أن يمهر ولا يستأجر به، ولا يؤخذ عليه بدل، وهذا فيما اشترى من الطعام، وأما من كان عنده طعام لم يشتره، ولكنه أقرضه أو نحو ذلك، فلا بأس ببيعه قبل أن يستوفيه؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه»، ولم يقل: من كان عنده طعام، أو كان له طعام، فلا يبيعه حتى يستوفيه، ولا خلاف عن مالك، أن ماعدا المأكول، والمشروب، من الثياب، والعروض، والعقار، وكل ما يكال ويوزن، إذا لم يكن مأكولاً ولا مشروبًا من جميع الأشياء كلها غير المأكول والمشروب، أنه لا بأس لمن ابتاعه أن يبيعه قبل قبضه، واستيفائه، وحجته فى ما ذهب إليه مما وصفنا عنه قوله ﷺ: من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه، ولا يبعه حتى يستوفيه.

وأما ما لا يجرى فيه الربا، فعن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، وهو المشهور من المذهب. وروى ابن وهب عن مالك: أنه يجوز بيعه قبل قبضه.

ووجه الرواية الأولى ما احتج به أصحابنا فى هذه المسألة من قول النبى ﷺ: «من ابتاع طعامًا، فلا يبعه حتى يستوفيه» وهذا يصح الاحتجاج به فى هذا الحكم على قول من يمنع التخصيص بعرف اللغة.

وأما من رأى التخصيص بعرف اللغة، فلا يجوز الاحتجاج بهذا الحديث على هذا الحكم؛ لأن لفظة الطعام إذا أطلقت، فإنما يفهم منها بعرف الاستعمال الحنطة دون غيرها، ولذلك لو قال رجل: مضيت إلى سوق الطعام، لم يفهم منه إلا سوق الحنطة.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مطعوم فلم يجز بيعه قبل قبضه كالذى يجرى فيه الربا.

ووجه الراوية الثانية، أن ما لا يجوز فيه التفاضل نقدًا، فإنه لا يحرم بيعه قبل كغير المطعوم.

فرع: وإذا قلنا بإجراء هذا الحكم فى المقتات خاصة، فلا فرق بينهما، فإذا أجريناه فى كل مطعوم، فلا فرق بين هذا وبين حكم الربا.

مسألة: وهذا فى المطعوم المقتات المكيل أو الموزون، روى ابن القاسم عن مالك فى المبسوط: وكذلك المعدود، لا يجوز ذلك فيه حتى يقبضه، وقد قاله غيره من أصحابنا، وهو المذهب إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن كان غير مطعوم، فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم فى غير المطعوم، ولا تعلق له به، سواء كان مكيلاً أو موزونًا، أو غير مكيل ولا موزون. وقال عبد العزيز بن أبى سلمة وربيعة ويحيى بن سعيد: أن كل ما بيع على كيل أو وزن أو عدد، مطعوم كان أوغير مطعوم، فلا يجوز بيعه قبل قبضه، واختاره ابن حبيب.

وقال أبو حنيفة: هذا الحكم ثابت فى كيل مبيع ينقل ويحول. وقال الشافعى: هو حكم ثابت فى كل مبيع. استدل أصحابنا فى ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من ابتاع طعامًا، فلا يبعه حتى يستوفيه».

فوجه ذلك أنه خص هذا الحكم بالطعام، فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له، وهذا استدلال بدليل الخطاب، وقد تقدم الكلام فيه.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا مبيع ليس بمطعوم، فجاز بيعه قبل قبضه كالدنانير والدراهم.

* * *

الباب الثانى فى تمييز ما يختص من وجوه الاستفادة

العقود على ضربين، معاوضة وغير معاوضة، فأما المعاوضات، فالبيع وما فى معناه من الإجارة والمصالحة والمناكحة والمخالعة والمكاتبة على وجه العوض كأرزاق القضاة والمؤذنين وأصحاب السوق، فإن هذا كله يؤخذ على وجه المعاوضة.

وقال أبو حنيفة: ما ملك بهمر أو خلع من طعام أو غير، فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، وهذه العقود تنقسم على ثلاثة أقسام، قسم: يختص بالمغابنة والمكايسة كالإجارة والبيع، وما كان فى حكمهما. وقسم: يصح أن يقع على وجه المغابنة، ويصح أن يقع على وجه الرفق كالإقالة والشركة والتولية. وقسم: لا يكون إلا على وجه الرفق كالقرض.

فأما البيع وما كان فى معناه مما يختص بالمغابنة، قال القاضى أبو محمد: ما كان أجرة لعمل أو قضاء لدين، أو مهرًا، أو خلعًا، أو صلحًا عن دم عمدًا، أو مثلاً لمتلف، أو أرش جناية فى مال مضمون، أو معين ، فذلك كله يجرى مجرى البيع فيما يذكره، فلا خلاف فى أنه لا يجوز أن يتوالى منه عقدان من جنس واحد، أو من جنسين مختلفين على معين أو ثابت فى الذمة، لا يتخللهما قبض.

والأصل فى ذلك الحديث المتقدم «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى».

ومن جهة المعنى أن ذلك ممنوع حفظه وحراسته وتوقيه من الربا، لئلا يتوصل أهل العينة بذلك إلى بيع دنانير بأكثر منها، وذلك أن صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير فى أكثر منها نقدًا أو إلى أجل، فإذا علم بالمنع فى ذلك توصل إليه بأن يذكر حنطة بدينار، ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء، ولا قصد لبيعه، ولا لابتياعه.

فلما كثر هذا، أو كانت الأقوات مما يتعامل بها فى كثير من البلاد ولاسيما فى بلاد العرب، وكان لك يقصد لهذا المعنى كثيرًا لمعرفة جميع الناس لثمنه، وقيمته، ووجود أكثر الناس له، منع ذلك فيها، وشرط فى صحة توالى البيع فيها الخلال القبض والاستيفاء؛ لأن ذلك نهاية التبايع فيها، وإتمام العقد، ولزومه، ولم يشترط ذلك فى

سائر المبيعات؛ لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها؛ لأن ثمنها يخفى في الأغلب ويقل مشتريها.

فرع: ومن باع ثمر حائطه، واستثنى منه كيلا يجوز استثناؤه، ثم أراد بيعه، فقد اختلف قول مالك فيه، فكرهه ثم رجع إلى إجازته، روى ذلك ابن المواز.

وجه الكراهية مبنى على أن المستثنى مبيع. ووجه الإباحة والجواز مبنى على أن المستثنى غير مبيع.

مسألة: وأما ما صح أن يقع من عقود المعاوضة على وجه الإرفاق، ووجه المغابنة كالإقالة والشركة والتولية، فإن وقع على وجه الرفق، فإنه يصح أن يلى البيع فى الطعام قبل القبض.

ووجه وقوعه على الرفق أن يكون على حسب ما وقع عليه البيع فيه، فإن تغير عنه لزيادة ثمن أو صفة أو نقص أو مخالفة فى جنس ثمن، أو أجل خرج عن وجه الرفق إلى البيع الذى لا يجوز.

والأصل فى جواز ذلك إذا وقع على وجه الرفق، ما رواه سحنون فى المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن يسار عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا، فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة».

ومن جهة المعنى أن هذه عقود مبينة على المعروف والمواصلة دون المغابنة والمكايسة التى لمضارعتها منع بيع الطعام قبل استيفائه، وذلك أنه منع لمشابهته العينة، فإذا وقعت هذه العقود على وجه الرفق، وعريت من المغابنة والمكايسة كانت مباحة كالقرض، وهذا فى الجملة فأما التفصيل، فلا يخلو أن يكون ثمن الطعام عينًا أو غير عين.

فأما العين، فإنه إن كان مثله فى قدره وصفته، فلا خلاف فى المذهب فى جواز الإقالة به، وإن تغيرت صفته أو قدره لم يجز؛ لأنه ليس بإقالة، وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأن الإقالة إنما هى على مثل ما انعقد عليه البيع، ولذلك قال بعض أصحابنا: إنها ليست بعقد مستأنف، وهى نقض للعقد الأول.

مسألة: وإن كان ثمن الطعام غير عين، لم يخل أن يكون مما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود أو مما لا مثل له مما يرجع إلى القيمة، فإن كان مما له مثل من المكيل

والموزون والمعدود، ففى الواضحة: تجوز الإقالة بالمثل، وقاله أشهب فى المجموعة، وشرط أن لا يكون أرفع منه، ولا أدنى، وأن يكون حاضرًا عنده. وقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك.

وجه قول أشهب أن هذا مما له مثل، فصحت الإقالة من الطعام بمثله كالدنانير والدراهم.

ووجه قول ابن القاسم أن هذا عوض يتعين بالعقد، فلم تجز الإقالة من الطعام إلا بعينه دون مثله. أصل ذلك ما يرجع إلى القيمة.

مسألة: فإن كان الثمن مما لا مثل له كالثوب والحيوان، ففى الواضحة: لا تجوز الإقالة بمثله، ولا بقيمته، وإنما تجوز منه بعينه ما لم تدخله زيادة، ولا نقص فى بدن، ويجوز إن دخله تغير أسواق.

ووجه هذا ما قدمناه من أن الإقالة إنما هى فى معنى حل العقد الأول، فإذا لم يؤد إليه ثمنه، ولا مثله لم تكن إقالة، وكان بيع الطعام قبل استيفائه، وهو ممنوع منه.

مسألة: وإن كان الطعام ثمنًا لعمل فى إجارة، جاز أن يقيله قبل العمل، ولم يجز ذلك بعد العمل، فإم عمل بعض العمل، جاز أن يقيله مما بقى دون ما عمل، رواه كله ابن المواز عن أشهب.

ووجه ما احتج به ابن حبيب أن أعمال الناس تختلف، فلا يكون العمل الآخر مثلاً للأول، وذلك ينافى الإقالة؛ ولأن العمل، إنما يرجع إلى القيمة، فلا تصح الإقالة فيه بعد فواته كالثوب، وأما الكتابة، ففى الواضحة: ولا تبع طعامك من كتابة من غير المكاتب قبل قبضه، إلا أن يكون يسيرًا تافهًا بيع مع غيره مما كاتبه عليه، فلا بأس به.

فصل: وأما ما يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض، فإنه يجوز أن يتكرر على الطعام قبل قبضه، وأن يلى البيع ويليه البيع، لا خلاف فى ذلك نعلمه.

مسألة: وأما ما يلزم الذمة من الطعام بغير عقد مثل أن يلزمها بالغصب والتعدى، ففى كتاب محمد: أنه كالقرض يجوز بيعه قبل قبضه. وحكى القاضى أبو محمد: أنه كالبيع إن كان مثلاً لمتلف، ولا يجوز بيعه قبل قبضه.

وجه القول الأول: أن أخذ مثل الطعام فى الغصب يتوالى على الطعام من غير أن يتخللهما قبض، لو كان بمنزلة البيع؛ لما جاز أن يتواليا عليه، وهذا باطل باتفاق.

ووجه رواية القاضى أبى محمد أنه طعـام يؤخـذ عوضًـا على وجـه المشـاحة، وتـرك الإرفاق، فلم يجز أن يلى البيع دون قبض. أصل ذلك البيع.

وأما ما كان من العقود ليس فيه معاوضـة كالهبـة والصدقـة والعطيـة، فـلا بـأس أن يتوالى على الطعام قبل قبضه؛ لأنها ليست من عقود المعاوضـة، ولا يتصـور فيهـا معنـى العينة التى لها منع بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: إذا ثبت أنه لا يجوز بيع الطعام قبل استيفائه، فإنـه لا يجـوز أن يبيعـه هـو، ولا وكيله، ولا وارثه، قاله مالك فى المبسوط؛ لأن انتقالـه بـالميراث أن يكـون حـاجزًا بـين البيعتين، ولا يقوم مقام القبض فى إباحة البيع فيه، وإن وهبه الرجل بعـد أن ابتاعـه قبـل أن يستوفيه، لم يجز للموهوب له أن يبيعه حتى يستوفيه، رواه فـى المدونـة عبـد الرحمـن بن دينار عن المغيرة وعيسى بن دينار عن ابن القاسم.

وزاد مالك فى النوادر: وكذلك لو وهب له، أو تصدق به عليه، أو أخذه قضاء مـن سلف، قال: وأخفه عندى الهبة والصدقة.

وفى الموازية عن مالك: من أحلته على الطعام من بيع أقرضته إياه، أو قضيته إياه مـن قرض، فلا يبيعه حتى يستوفيه.

مسألة: إذا ثبت أن هذا الحكم يتعلق بما استفيد على وجه المعاوضة، فإنه أيضًا، يجـب أن يمنع من عقـود المعاوضـة قبـل الاستيفاء، ولا يمنـع مـا ليـس بمعاوضـة مـن هبـة، ولا صدقة، ولا قرض، ولا غير ذلك من العقود التى تعرى عن العوض، ولذلك لم تمنـع مـن الإقالة والتولية والشركة، وإن كانت فيها معاوضة.

* * *

الباب الثالث فى تمييز ما يكون قبضًا واستيفاء

وأما ما يكون قبضًا واستيفاء، يصح أن يفصل بين البيعتين فى الطعام، فهو مـا يخـرج به من ضمـان البـائع إلى ضمـان المشترى مـن الكيـل، والتوفيـة فـى المكيـل والمـوزون، والتوفية فى الموزون، وفى التحرى فى الاتفـاق على مقـداره، والحكـم بـه، وتوفيتـه إن كان فيه حق توفية.

وذلك بأن يوفيه البائع المبتـاع، وتسـليم المبتـاع إيـاه لازم قبـل أن يبيعـه، وقـد تقـدم وصف التوفية قبل هذا، فمثل هذا يكون فصلاً بين البيعتين، فإن عقدا عقدًا من بيـع فـى

طعاميين فى ذمتين، ثم أرادا أن يتقاضيا بهما، لم يجز ذلك، على المشهور من المذهب، وبه قال ابن القاسم.

وقال أشهب فى كتاب ابن المواز: إن اتفق رأس مالهما فى القدر، والصفة، جاز ذلك.

وجه القول الأول أنهما لما تقاضيا بالطعام آل أمرهما إلى طعام واحد، فقد انعقد عليه عقدا بيع، وكل واحد منهما انعقد بلفظ البيع، وعلى معناه من المغابنة والمكايسة، لم يفصل بينهما قبض، وذلك ممنوع.

ووجه القول الثانى أن مآل أمرهما إلى الإقالة؛ لأن المسلم الثانى ردّ إلى الأول مثل رأس ماله، وهذا معنى الإقالة والعقود لا تعتبر فيها باللفظ، وإنما تعتبر بالمعنى، ولما كان معنى ما وجد منهما السلم والإقالة، وذلك يجوز فى الطعام قبل استيفائه، جاز ذلك فى مسألتنا.

مسألة: وإن كان الطعامان من قرض، جاز ذلك، حل أجلهما، أولم يحل؛ لأن اتصال القرضين فى الطعام، ليس بممنوع، وإن كان أحدهما من بيع، والآخر من قرض، فحل أجلهما، جازت المقاصة؛ لأن اتصال القرض بالبيع جائز فى الطعام.

فإن لم يحل واحد منهما، فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز، وبه قال ابن القاسم. وقال ابن حبيب: إن اتفق الأجلان، جازت المقاصة، وقاله أصحاب مالك إلا ابن القاسم.

وجه القول الأول أن المقاصة قبل الأجل مع الأجل فى البيع يمنع المقاصة بما لا يجوز إلا عند حلول الأجل كالمقاصة بالدنانير والدراهم.

ووجه القول الثانى أنه إذا كان الأجلان واحدًا، كان ذلك بمنزلة حلولهما؛ لأن الذمتين تبرآن منهما دون زيادة من أحدهما.

مسألة: فإن حل من الأجلين أجل القرض، ولم يحل أجل السلم، لم يجز ذلك أيضًا لما قلنا، وإن حل أجل السلم، ولم يحل أجل القرض، لم يجز، عند ابن القاسم وجوزه أشهب.

وجه ما قاله ابن القاسم أن هذا المقاصة فيما لم يحل، فوجب أن يكون بيعًا كما لو لم يحل أجل السلم.

ووجه قول أشهب أن القرض لما لم يلزم أجله المقرض كان بمنزلة الحال، والمشهور من قول أشهب أن المسلف لا يجبر على قبض القرض قبل الأجل، وعن ابن القاسم أنه يجبر، فكان يجب أن تجوز هذه المسألة على أصول ابن القاسم، ولا تجوز على أصل أشهب غير أن ابن القاسم أكثر تمسكًا بأصله؛ لأن الأجل، وإن لم يلزم المتسلف، فهو يلزم المسلف.

مسألة: وأما ما اشترى جزافًا، فإن استيفاءه بتمام العقد فيه؛ لأنه فيه توفية أكثر من ذلك، ويتخرج فى ذلك مذهبان، أحدهما: أن الحديث بالمنع من بيع الطعام قبل استيفائه عام فيه وفى المكيل، إلا أن الاستيفاء فيه بتمام العقد عليه.

والثاني: أنه لا يتعلق به المنع، والحديث خاص فى المكيل الذى فيه حق التوفية، ولذلك قال ﷺ: «حتى يستوفيه» ولم يقل: حتى ينقله، أو يأخذه، فعلق هذا الحكم بما ثبت له حكم الاستيفاء، وهو المكيل والموزون والمعدود.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المبسوط: من اشترى طعامًا مصبرًا جزافًا، فإنه لا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه من بائعه منه، أو من غيره، نقده الثمن، أو لم ينقده، بأكثر من الثمن أو أقل أو بمثله، ومما يدل على ذلك أن من اشترى تمرًا فى رءوس النخل، فلا بأس أن يبيعه قبل جده، وإن كان استيفاؤه لم يوجد؛ لاتفاقنا مع الشافعى على ثبوت حكم الجائحة فيه.

وقد روى الوقار عن مالك: أنه لا يجوز بيع شيء من المطعومات بيع على المكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف قبل قبضه، وبه قال أحمد بن حنبل والثورى.

مسألة: ومن ابتاع لبن غنم بأعيانها شهرًا، فأراد بيعها قبل أن يحلبه، نهى عنه ابن القاسم، وأجازه أشهب، واختار محمد النهى، قال: لأنه فى ضمان البائع حتى يقبض، فهو من بيع ما لم يضمن من الطعام.

وجه قول أشهب أنه لم يبق على البائع فيه حق توفية كالثمرة فى رءوس النخل.

والفرق على قول ابن القاسم بينها وبين الثمرة فى رءوس النخل أنها ليست فى ضمان البائع على الإطلاق، وإنما هى من ضمانه على وجه مخصوص مختلف فيه.

* * *

الباب الرابع فى تمييز ما يصحح قبض البيع الثانى

أما قبض المسلم إليه الطعام من نفسه بأذن المسلم، فلا يجوز أن يباع به، وكذلك قبض زوجته أو عبده أو مدبره أو أم ولده، إلا أن يكون ولده الكبير الذى قد بان بالحيازة عنه، فلا بأس بذلك، قاله ابن القاسم فى المدونة، ولو استوفى فى كيلة منه ثم تركه عنده أوعند غيره، جاز له أن يبيعه قبل أخذه منه، قاله مالك فى المبسوط.

ووجه ذلك أنه لو استوفاه وتركه عنده وديعة، واستيفاء من وهب أو تصدق به عليه أو قرضه يبيح له بيعه؛ لأنه قد حل محل من كان له، وبالله التوفيق.

١٣١٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: كُنَّا فِى زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاعُ الطَّعَامَ، فَيَبْعَثُ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِى ابْتَعْنَاهُ فِيهِ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ.

الشرح: قوله: **«كنا نؤمر بانتقاله إلى مكان سواه قبل أن نبيعه»** وقد ورد ذلك مفسرًا، ورواه ابن شهاب عن سالم عن أبيه قال: رأيت الذى يشترى الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم، فلما كان الاستيفاء فى بيع الجزاف، يتم بتمام اللفظ بالبيع، وقد رأيت لابن عبدوس فى المجموعة ما يقتضى هذا، لأنه روى عن مالك فيمن ابتاع ثمر عدد نخلات بلا كيل: أن له بيع ذلك قبل جده؛ لأنه قدر صار فى ضمانه بالبيع، فذلك قبض فاقتضى قوله أن تمام البيع هو القبض.

وأما التخلية بينه وبين المبتاع، فليست من باب التوفية، وإنما هى من باب تركه منع ذى الحق من حقه، وقد قال القاضى أبو محمد: أنه يجوز له بيعه، فأشار إلى أن التخلية على التوفية، فعلى هذا يكون معنى ضربهم على المنع من بيعه حتى ينقلوه إلى رحالهم؛ ليتبين الاستيفاء بعد وجود التوفية بالتخلية، فشرع نقله من مكانه، ليفصل بين البيعتين عمل ظاهر فيه بعض أفعال الكيل، لأن الكيل فيه أيضًا نقل من مكان إلى مكان، إلا أنه

١٣١٥ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٢٤. مسلم كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض رقم ٣٣، عن ابن عمر. النسائى ٢٨٧/٧ كتاب البيوع باب بيع ما يشترى من الطعام جزافا، عن ابن عمر. أبو داود برقم ٣٤٩٣ جـ٢٧٩/٣ كتاب البيوع باب بيع الطعام، عن ابن عمر. قال ابن عبد البر فى التمهيد ١١٣/٨: هكذا روى مالك هذا الحديث، لم يختلف عليه فيه، ولم يقل: جزافا، وروى غيره عن نافع، عن ابن عمر، فقال فيه: كنا نبتاع الطعام جزافًا

نقل البائع، ولم يبق فى الجزاف على البائع عمل، فجاز لذلك بيعه كما يجوز بيع الثمار على رءوس النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها، وإنما يبقى فيه العمل على المبتاع أن ينقله قبل أن يبيعه، وهذا لما كان حقا على المبتاع، لم يبطل البيع، ولذلك لم يكن له تعلق بالبائع.

وقد روى فى المبسوط ابن القاسم عن مالك ما تقدم من جواز بيع الصبر لمن اشتراها قبل أن يقبضها، ومنع من ذلك أبو حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولأنه لم يوفه حق توفيته، فجاز بيعه كالمكيل بعد الكيل.

وحكى القاضى أبو محمد أن مالكًا استحب أن يباع بعد نقله؛ ليخرج من الخلاف.

وعندى فى هذه المسألة أن مالكًا إنما تكلم على صحة العقد، والعقد صحيح لما ذكرناه، ولم يتكلم على ما يلزم المشترى من تقدم نقله، ويجب أن يتقرر المذهب على أنه ليس بلازم له؛ ليخرج بتركه، ويلزم الإمام أن يمنع منه، فإن فات بعقد البيع، لم يرد لصحة العقد، وبالله التوفيق.

وقد روى فى المدنية ابن نافع عن مالك أنه كره لمن اشترى الطعام جزافًا أن يبيعه بنظرة قبل أن ينقله، قال مالك: لأنه بلغنى أن ابن عمر كان يقول: إن النبى ﷺ بعث إلينا إذا اشترينا الطعام جزافًا: «لا تبيعوه مكانه الذى اشتريتموه فيه حتى ينقله إلى مكان سواه».

قال مالك: تفسيره أن يبيعه بالدين. قال ابن القاسم: كان يستحب ذلك، ولا يراه حرامًا، وإن وقع جاز، وما قدمناه فيه ظاهر محتمل.

وفى كتاب أبى القاسم الجوهرى بأثر هذا الحديث: إنما هو فى تلقى الركبان، وهذا أيضًا يحتمل، فيكون معناه أن من اشتراه فى موضع غير سوق ذلك الطعام، فلا يبيعه ممن يلقاه قبل أن يبلغ به السوق، وقولهم إنما يرجع إلى صحة العقود دون ما على البائع الثانى ذلك، فإنهم لم يتعرضوا لذكره، والله أعلم وأحكم.

وقد تقدم من رواية يحيى بن زكريا الوقار، أن ذلك لا يجوز، والله أعلم وأحكم.

١٣١٦ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ ابْتَاعَ طَعَامًا أَمَرَ بِهِ عُمَرُ بْنُ

١٣١٦ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٩/٨. البيهقى فى السنن الكبرى ٣١٢/٥. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٢٩٩.

الْخَطَّابِ لِلنَّاسِ، فَبَاعَ حَكِيمٌ الطَّعَامَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، وَقَالَ: لا تَبِعْ طَعَامًا ابْتَعْتَهُ حَتَّى تَسْتَوْفِيَهُ.

الشرح: قوله: **«أن حكيم بن حزام ابتاع طعامًا أمر به عمر بن الخطاب للناس»** يحتمل أن يكون أمر به ابتداء بغير عمل استحقوه لذلك، فجاز لهم بيعه قبل قبضه.

وفى العتبية من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأزواج النبى ﷺ من الأرزاق من طعام، فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها، وكذلك طعام الجار، فعلى هذا إنما نهاه عمر بن الخطاب عن بيعه، لأنه صار إليه بالابتياع، ولا يجوز له بيعه قبل قبضه ولم ينهه عن شرائه؛ لأنه لم يصر إلى أن من باعه منه معاوضة.

ويحتمل أن يكون أمر لهم به على عمل استحقوه به، فقبضوه، ثم ابتاعه منهم حكيم بن حزام، فباعه قبل قبضه، فعلى هذا ابتياعه جائز مباح، وبيعه ممنوع.

ويحتمل أن يكون أمر لهم به لعمل عملوه، فباعوه منه قبل قبضه، ثم باعه حكيم قبل قبضه أيضًا، فعلى هذا ابتياعه ممنوع، وبيعه ممنوع.

وقد قال ابن حبيب فى واضحته: ما كان من أرزاق القضاة أو الكتاب، أو المؤذنين، وأصحاب السوق من الطعام، فلا يباع حتى يقبض، وما كان من صله أو عطية من غير عمل، فذلك جائز.

فصل: وقوله: **«فبلغ ذلك عمر بن الخطاب، فرده عليه»** يريد أنه رد بيعه قبل استيفائه، فقبضه مبتاعه، فإن كان البيعتان ممنوعتين، فقد ردهما، وإن كان بيع حكيم بن حزام هو الممنوع خاصة، رد، وذلك أنه إن كان لم يغب المبتاع عن الطعام نقض البيع بينهما، وأخذ مبتاع الطعام الثمن إن كان قضاه، وبقى الطعام لبائعه، وإن قد غاب عليه لرد مثله، وأخذ ثمنه.

ولو كان مبتاعه قد غاب، فلم يقدر عليه لرد، ففى الموازية عن ابن القاسم: يؤخذ الثمن من البائع، فيباع به مثل طعامه، فإن قصر عن مقدار طعامه كان له أن يبيع الغائب مما ينقص، وإن فضل شيء، وقف للغائب يأخذه إن جاء، وإن كان كفافًا أجزأ بعضها من بعض.

١٣١٧ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ صُكُوكًا خَرَجَتْ لِلنَّاسِ فِي زَمَانِ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ مِنْ طَعَامِ الْجَارِ، فَتَبَايَعَ النَّاسُ تِلْكَ الصُّكُوكَ بَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفُوهَا، فَدَخَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَرَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، فَقَالا: أَتحِلُّ بَيْعَ الرِّبَا يَا مَرْوَانُ؟ فَقَالَ: أَعُوذُ بِاللَّهِ، وَمَا ذَاكَ؟ فَقَالا: هَذِهِ الصُّكُوكُ تَبَايَعَهَا النَّاسُ، ثُمَّ بَاعُوهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفُوهَا، فَبَعَثَ مَرْوَانُ الْحَرَسَ يَتْبَعُونَهَا يَنْزِعُونَهَا مِنْ أَيْدِي النَّاسِ وَيَرُدُّونَهَا إِلَى أَهْلِهَا.

الشرح: قوله: «**إن صكوكًا خرجت للناس فى زمن مروان بن الحكم من طعام الجار، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهما**» الصكوك الرقاع، مكتوب فيها أعطيات الطعام وغيرها مما تعطيه الأمراء للناس، فمنها ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال، ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة.

وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية: جواز بيع طعام الجار، وذهب فى ذلك إلى أنه عطاء بغير عمل.

وقد قال ابن حبيب فى الواضحة فى النهى عن بيع صكوك الجار وهى عطايا من كعام: إنما نهى مبتاعها.

وعلى هذا التأويل إنما انكر زيد بن ثابت ومن معه بيع المبتاع لها، ولم ينكر الابتياع ممن خرجت له الصكوك؛ لما ذكرناه على أن لفظه يحتمل الأمرين؛ لأن قوله: «**هذه الصكوك تبايعهما الناس، ثم باعوها**» فظاهر هذا اللفظ يقتضى كراهية الجمع بين الأمرين، غير أن قوله فى آخر الحديث: «**فبعث مروان بن الحكم الحرس، ينتزعونها من أيدى الناس، ويردونها إلى أهلها**» يقتضى أنها ترد إلى من خرجت له؛ لأنهم أهلها، فاقتضى ذلك نقض البيعتين، ولو نقض الثانى خاصة لقال يردونها إلى من ابتاعها من أهلها.

فصل: وقوله: «**أتحل الربا يا مروان**» على سبيل الإغلاظ مع علمه باحتمال مثل هذا منه لما ظهر من ذلك، وشاع قدر أنه قد بلغه ذلك، أو قد كان يجب أن يبلغ فى مثل حاله، واهتبل بأحوال المسلمين، وساير وسأله عن أديانهم فى بياعاتهم وغيرها.

١٣١٧ - أخرجه عبد ارزاق فى المصنف ٢٨/٨. شرح السنة ١٤٢/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٠.

وقول مروان: «**أعوذ بالله من ذلك**» على سبيل التنصل والتبرى من إحلال الربا، ثم سأله عن سبب قوله، فأخبره أن الصكوك التى أنفذها للناس بالجار، ابتاعها الناس، ثم باعوها، قبل أن يستوفوها، فنص على أن هذا معنى الربا الذى أنكر إحلاله وإباحته للناس؛ لأن هذا بيعان فى طعام لم يتخللهما استيفاء، وما يخرج فى الصكوك لا يكون إلا مكيلاً من الطعام.

فصل: وقوله: «**فبعث مروان الحرس، ينتزعونها من أيدى الناس، ويردونها إلى أهلها**» يقتضى نقض تلك البياعات، فإن حمل على ظاهره من أنها كانت ترد إلى من خرجت الصكوك باسمه، فقد نقض البيعتين بيع من اشترى منهم، وبيع من اشترى ممن اشترى منهم، ولا خلاف أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه إلا نقض البيع الثانى على ما قدمناه.

فإن كان من أهل العينة، يقول أحدهما لصاحبه: تعال، أبتاع لك قفيز حنطة بدينار، على أن أبيعه منك بدينارين، وقد قال فى العتبية ابن القاسم فيمن قال لرجل: اشتر هذه السلعة بعشرة تنقدها، وهى علىَّ بعشرين إيجابا على الأمر، ففعل، فهذا زيادة فى السلعة، ويفسخ البيع ما لم يفت.

فإن فاتت لزمت الآمر بعشرة، وسقط ما زاد. قال ابن حبيب: إن وقع، لزمت السلعة الآمر بعشرة، فيؤمر بأن يعطيه عشرة معجلة، ويعطيه جعل مثله، إنما يبطل البيع الثانى، فهذا على تأويل قوله: «**يردونها إلى أهلها**» إلى من خرجت باسمه، ويحتمل أن يريد بأهلها مستحق رجوعها إليه، فترد حينئذ على هذا التأويل إلى من ابتاعها أولاً، وبالله التوفيق.

١٣١٨ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا أَرَادَ أَنْ يَبْتَاعَ طَعَامًا مِنْ رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ، فَذَهَبَ بِهِ الرَّجُلُ الَّذِى يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَهُ الطَّعَامَ إِلَى السُّوقِ، فَجَعَلَ يُرِيهِ الصُّبَرَ، وَيَقُولُ لَهُ: مِنْ أَيِّهَا تُحِبُّ أَنْ أَبْتَاعَ لَكَ؟ فَقَالَ الْمُبْتَاعُ: أَتَبِيعُنِى مَا لَيْسَ عِنْدَكَ، فَأَتَيَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، فَذَكَرَا ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ لِلْمُبْتَاعِ: لا تَبْتَعْ مِنْهُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، وَقَالَ لِلْبَائِعِ: لا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ.

الشرح: قوله: «**فى رجل أراد أن يبتاع طعامًا من رجل إلى أجل**» يحتمل أن يريد به

١٣١٨ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠١.

أنه وصف له طعاما ظن المبتاع أنه عنده، أو أراه طعامًا ظنّ أنه عنده، أو قال له فى الجملة: أنا أبيع منك طعامًا، فاعتقد المبتاع أنه عنده، وظن هو أن يبيع ما ليس عنده، فذلك جائز، ولو علم المبتاع أولاً أنه يبيعه ما ليس عنده؛ لأنكر عليه كما أنكره حين تبين له ذلك.

وأما إذا أراه عين طعام، فباعه قدرًا منه، والمبتاع يعتقد أنه عنده، ففى كتاب ابن المواز سحنون من سؤال حبيب، فيمن عرض قمحًا أو زيتًا فى يده منه، فحاوبه رجل منه على أقفزة معلومة، ثم قال: ما عندى منه شىء، أو هو لغيرى، وأبى أن يبيع، فقال: إن أقام بينة أنه لا شىء عنده منه، وأنه لغيره أولاً، لزمته أن يأتى بالأقفزة التى باع منه.

ووجه ذلك أن بيعه منه لقدر معلوم إقرار منه بأنه يملكه، ويقدر على الإيتان به، وقد استحق عليه ذلك بالابتياع منه، فليس له الرجوع عن ذلك؛ لأن عقد البيع لازم، إلا أن يظهر من عدم ملكه له ما فيه براءة له، وبالله التوفيق.

فصل: وقوله: «فذهب به الرجل إلى السوق، فجعل يريه الصبر، ليبتاع له من أيها يحب، فتبين للمبتاع بذلك أنه إنما باع منه ما ليس عنده، ولو كان له لما احتاج أن يبتاعه، فأنكر ذلك عليه، وقال: أتبيعنى ما ليس عندك؟» وذلك أنه بيع ما ليس عند الرجل لعلى وجه البيع، لا يجوز؛ لأن المبيع على ضربين، معين، وهو الذى ينطلق عليه اسم المبيع، فلا يجوز، إلا أن يكون معينًا كالثوب والدابة أو العبد، أو معينًا بالجملة، مثل أن يكون قفيزًا من هذه الصبرة.

وأما ما كان فى الذمة، فاسم السلم أخص به، فإنه يتعلق بالذمة، ولا يجوز أن يكون معينًا ولا حالاً، وسيأتى بيانه بعد هذا إن شاء الله، ويتعلق المنع ببيع ما ليس عنده بالوجهين جميعًا. فأما فى السلم، فإنه يخرج عن حكم السلم، ويدخله المنع، إذا كان معجلاً أو كان معينًا، ليس عنده.

وأما البيع، فإنه أيضًا ممنوع من تعلقه بما ليس عنده؛ لأننا قد قلنا إنه يجب أن يكون معينًا، ويكون فى ملكه، فإن لم يكن فى ملكه، وكان معينا لم يصح لما فيه من الغرر؛ لأنه لا يمكنه تخليصه، وإذا لم يقدر على تخليصه، لم يمكنه تسليمه، وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه، ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق والجمل الشارد، والطائر فى الهواء، والسمك فى البحر، وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه.

والدليل على ذلك ما رواه أبو عبد الرحمن، أخبرنا زياد بن أويب، أخبرنا هشيم، أخبرنا أبو بشر عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام، قال: «سألت النبى ﷺ، فقلت: يا رسول الله، يأتى الرجل يسألنى البيع ليس عندى، فأبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، قال: لا تبع ما ليس عندك»[1]. وهذا عندى أشبه إسنادًا ورد موصولاً لهذا المتن، والله أعلم.

مسألة: وأما ما عنده، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون غائبًا. والثانى: أن يكون حاضرًا. فأما العين الغائبة، فقد تنعقد المعاوضة فيها على وجهين، أحدهما: على وجه المغابنة والمكايسة. والثانى: على وجه المكارمة والتفضل.

فأما ما كان على وجه المغابنة والمكايسة، فإنه لا يصح ذلك إلا بصفتها أو برؤية متقدمة فيها، فإن كان بالصفة المستوعبة لمعانيها، جاز ذلك فى جميع المبيعات، ويجىء على قول ابن القاسم الذى يقول: لا يجوز السلم فى تراب المعادن، أن لا يجوز بيعه بالصفة؛ لأنه قال: لا يحاط بصفته. ومنع الشافعى بيعه بالصفة، وسيأتى الكلام عليه عند ذكر بيع البرنامج، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإذا قلنا إنه يجوز بيعه على الصفة، فقد قال القاضى أبو محمد: إن الذى يحتاج إليه من ذلك كل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها، ولا يكفى فى ذلك ذكر الجنس والعين فقط؛ لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية العين، ومعرفة الجنس، ومع ذلك لا يجوز.

وأما الرؤية المتقدمة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن كانت تقدمت رؤيته لها بأمد قريب، فإن ذلك جائز، وإن كانت بأمد بعيد يعلم أن تلك السلعة أو الحيوان لا يبلغه إلا بعد التغيير، فلا يجوز ذلك، إلا أن يقول البائع أنها على الصفة التى رأيتها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها، فإن كان بعيد الغيبة، لم يجز بيعه على شرط النقد على ما قدمناه من منع الذرائع؛ لأنه إن سلم إلى الأجل، وكان على الصفة بيعًا، وإن لم يسلم أو لم يكن على الصفة، رد رأس المال، فكان سلفًا، فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر، لم يجز إلا أن يكون المبيع أرضًا أو عقار، فإنه يجوز بيعه بالصفة على شرط النقد.

---

(١) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٢٣٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦١٣. أبو داود ٣٥٠٣. ابن ماجه حديث رقم ٢١٨٧. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٨٨٧، ١٤٨٨٨، ١٤٨٩١.

وذلك أن السلامة فيها هى الغالبة، فذهب الغرر من جهة ما يتوقع عليها، وإنما الغرر فيها من جهة واحدة، وهى المخافة من مخالفة الصفة، وقد قال مالك: إنما النقد إذا كان الواصف غير البائع.

فرع: فإذا قلنا بجواز البيع فى الأعيان الغائبة البعيدة على الصفة، فمن ضمان من هى؟ اختلف قول مالك فيها، فمرة قال: إنها من ضمان المبتاع حتى يشترطه على البائع، ثم رجع عن ذلك، وقال: من ضمان البائع حتى يشترطه على المبتاع، قال ذلك ابن القاسم فى المدونة.

زاد القاضى أبو محمد عنه رواية ثالثة، وهى: أن ضمان الحيوان والمأكول، وما ليس بمأمون على البائع، وضمان الدور والعقار على المشترى، فجعل هذه المقالة ثالثة.

والذى عندى أنها هى المقالة الثانية استثنى فيها الدور والعقار من سائر المبيعات فى الضمان، وعلى ذلك رواها ابن القاسم، وبينها فى غيرموضع.

قال القاضى أبو محمد: وجه الرواية الأولى أن الأصل السلامة مع كونه متميزًا عن ملك البائع لا يتعلق به حق توفية، فكان ضمانه من المشترى، وذلك إذا علم أن الصفة صادفته حتى سلم، ثم تلف من بعد.

ووجه الرواية الثانية أن على البائع توفية المشترى ما اشتراه، فلما لم يوفه لم يستحق عليه العوض، والتلف منه؛ لأنه لم يحصل بيد المشترى.

ووجه التفرقة بين المأمون وغير المأمون، أن المأمون على ظاهر السلامة، فيجب أن يكون ضمانه من المشترى كالحاضر، ولأن النقد لما جاز فى غير المأمون دون غيره، دل على افترقهما فى حكم الضمان.

مسألة: وأما إن كان قريب الغيبة، فإنه يجوز النقد فيه بالشرط؛ لأنه لا ينفى إلا أحد وجهى المخافة، وهى مخالفة الصفة، وهذا من معنى التدليس بالغيب، فلا يمنع اشتراط النقد.

وقد قال ابن القاسم: إذا كان المبيع الغائب على مسيرة اليوم واليومين ونحوه، جاز النقد فيه، طعامًا كان أو غيره.

فصل: وأما إن كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى فى يومه، ولا يصفه، ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العروض، على اختلاف

أنواعها، مثل أن يقول: اشتريت اليوم شيئًا رخيصًا، فيقول: أرنى إياه، فيقول: نعم، ففى المدونة من قول ابن القاسم: يلزم البائع، ويكون المبتاع بالخيار، وهذا لأن مقتضى التولية المكارمة، ولا غرر فى هذا العقد؛ لأن البائع قد علم صفة ما باع، فلا غرر عليه، والمبتاع بالخيار، فلا غرر عليه أيضًا.

مسألة: وهذا إذا كان بلفظ التولية، فأما إذا كان بلفظ البيع أو بغير ذلك الثمن، فلا يجوز إلا أن يشترط له الخيار.

ووجه ذلك أن متقضى البيع المغابنة والمكايسة، ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه، فإذا شرط الخيار، فقد صرح بالمكارمة وسلمت جنبة المبتاع من الغرر، ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة، وإلى القرب من هذا أشار أبو حنيفة، فقال: إنه يجوز بيع الأعيان الغائبة، وللمبتاع خيار الرؤية.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن ابتاع عينًا غائبة بصفة، فوجدها على تلك الصفة، لزمته، ولا خيار له، إلا أن يشترطه، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أنه بيع موصوف وجد على صفته، فلم يثبت فيه خيار الرؤية كالمسلم فيه.

وقال القاضى أبو محمد: لا يجوز بيع عين غائبة بعد رؤية ولا صفة، وإن شرط خيار الرؤية. وذكر عن الشيخ أبى بكر عن أصحابنا أنهم يقولون: إن ذلك خارج عن الأصول، وإلى هذا الشافعى.

وجه القول الأول نقص شرطه. ووجه القول الثانى أن هذا بيع مجهول الصفة عند العاقد حال العقد، فلم يصح بيعه كالسلم إذا عرا عن الوصف.

فصل: وقوله للمبتاع: «**لا تبع ما ليس عندك**» يريد أنه لما كان هو القائل بالمنع من هذا البيع لما فيه من تصديقه ثم عطف على البائع، فقال له: «لا تبع ما ليس عندك» على وجه النهى له والإخبار بأن ما اعتقد قبل ذلك من جواز البيع فيه ليس بصحيح، وهذا كله يدل على أنه لم ينعقد بينهما بيع؛ لأنه لم يأمرهما بفسخ ولا رد، وإنما نهى عن أمر مستقبل، ولو وقع منهما بيع لأمرهما أولا برده، ثم إما أن يقتصر على ذلك، أو يتبعه النهى عن مواقعة مثله فى المستقبل.

وقد روى عيسى فى المدنية: سألت ابن القاسم عن العينة المكروهة والعينة الجائزة،

فقال ابن القاسم: العينة المكروهة، أن يأتى الرجل ليبتاع منه طعامًا، أو حيوانًا، أو عروضًا، أو متاعًا إلى أجل، فيقول: ليس عندى، ولكن أربحنى كذا وكذا، وأشتريه لك، فإذا اتفقا على الربح اشترى ذلك، فهذه العينة المكروهة؛ لأنه أعطاه ذهبًا بأكثر منها إلى أجل.

قال ابن القاسم: لو قال له: ما عندى، ثم ذهب، فاشترى مثل ذلك المبتاع، ثم لقيه بعد ذلك، فقال: عندى ما تحب، فتعال أبيعك، قال مالك: إن لم يكن إلا هذا، فلا بأس به، إن لم يكن مواعدة أو عادة يعرض له بها، ولا أحب أن يقول له: ارجع إلىَّ.

قال مالك: ولو سأله أن يشترى متاعًا يبتاعه منه إلى أجل، ولم يتراوضا على ربح، فلقيه بعد ذلك فبايعه على ربح رضياه، لم يكن فى أصل كلامهما، لكان مكروهًا.

قال: ولا أفسخ بيع هذا، ولا الذى يقول: ارجع إلىَّ، فى ذلك مسائل، إذا قال له: تعال اشتريه، وتربحنى كذا، ويتفقان على ذلك، فهذا لا يجوز، وإن وقع، رد.

والثانية: أن لا يتفقا على ربح، إلا أنه يقول له: أرجع إلىَّ، أو يقول له: سأفعل، ولا يوافقه على ربح مقدر، فهذا مكروه؛ لما فيه من مضارعة الحرام، ومشابهته وخوف المواعدة أو العادة فيه، فهذا يكره ابتداء، وإن وقع لم يفسخ؛ لأنه إنما اشترى فى الظاهر لنفسه؛ لأنه لم يوافقه قبل ذلك، ولم يعقد معه عقدًا يلزمه أحدهما لما لم يقررا ربحًا.

والثالثة: لا يراجعه بشىء يطعمه، ولا يتعلق به، ثم يشترى لنفسه، فهذا مباح، وهو بمنزلة من يشترى سلعة عرف نفاقها، وربما حرص الناس على شرائها، وقد قال ابن القاسم فى المدنية: إن العينة الجائزة أن يشترى الرجل المتاع والحيوان والدواب والعروض ويعدها لمن يشتريها منه، ولا يواعد فى ذلك أحدًا بعينه، وإنما يعدها لكل من جاء يطلب الابتياع منه بنقد وإلى أجل، فهذه عينة جائزة لا كراهية فيها.

١٣١٩ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ جَمِيلَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُؤَذِّنَ يَقُولُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: إِنِّى رَجُلٌ أَبْتَاعُ مِنَ الأَرْزَاقِ الَّتِى تُعْطَى النَّاسُ بِالْجَارِ مَا شَاءَ اللَّهُ، ثُمَّ أُرِيدُ أَنْ أَبِيعَ الطَّعَامَ الْمَضْمُونَ عَلَيَّ إِلَى أَجَلٍ، فَقَالَ لَهُ سَعِيدٌ: أَتُرِيدُ أَنْ تُوَفِّيَهُمْ مِنْ تِلْكَ الأَرْزَاقِ الَّتِى ابْتَعْتَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَنَهَاهُ عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: قول جميل بن عبد الرحمن: **«إنى رجل أبتاع من الأرزاق التى يعطى الناس**

١٣١٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٢.

بالجار ما شاء الله» يريد لأنه يبتاعها من أربابها الذين خرجت لهم الصكوك بها، إما على صفة يصفونها، أو على عادة عرفوها من طعام الصكوك تقوم مقام معرفة الجنس والصفة، فقد تكون الطعام الكثير المجلوب من بلد يجتمع فى موضع، فتتفق أجزاؤه، وتتقارب، فينقل منه الأجزاء والأحمال، وما يعرف به جنسه إلى ما يقرب منه من بلاد كالمدينة على ساكنها أفضل الصلاة وأتم السلام، من الجار وما جرى مجرى ذلك، فكان جميل بن عبد الرحمن يشتريها منهم على هذا الوجه، والله أعلم وأحكم.

ثم كان يأخذ من الناس سلمًا فى طعام على تلك الصفة وهو ينوى أن يوفيهم منه، وهذا يحتمل وجهين، أحدهما: أن يحملهم على من عنده ذلك الطعام يأخذ المسلم إليه ذلك منه عند الأجل، فهذا لا خلاف فى منعه؛ لأنه بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأن جميل ابن عبد الرحمن قد ابتاعه، ثم أراد أن يبيعه، ثم يستوفيه المبتاع ممن عنده قبل أن يقبضه هو.

والثانى أن يبيعه من المسلم، وهو ينتوى أن يقبضه، ويوفيه إياه، ففى المدونة وغيرها عن ابن القاسم فيمن ابتاع طعامًا بعينه، أو بغير عينه: لا يبيعه حتى يقبضه، ولا يواعد فيه أحدًا، ولا يبيع طعامًا ينوى أن يقبضه منه.

ورواه فى المدنية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك. وقال أشهب فى المجموعة عن مالك: هو جائز، ولا تضره النية كما لو اشترى طعامًا ينوى أن يقتضى منه ما عليه.

وجه القول الأول أنه قد وجد بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه قد والى فى هذا الطعام عقدى بيع، لم يفصل بينهما قبض، وإنما يكون القبض بعد العقدين، وهذا عندى إنما يحرم على البائع فى خاصته، ولا يفسخ بهذا عقد التبايع، إلا أن يكون شرط ذلك على المشترى وبينه له، فهذا محض بيع الطعام قبل استيفائه، وهذا لا يجيزه أشهب ولا غيره.

وجه القول الثانى أن من كان عليه طعام، ولم تكن به حاجة إلى شراء طعام، لا يقبضه، لم يضره أن ينوى بشراء ما عليه من الطعام أن يوفى طعامًا قد ثبت عليه من سلم، والأظهر عندى جوازه.

وقد روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم فى المدنية: سألت ابن القاسم عما كره سعيد بن المسيب لجميل بن عبد الرحمن حين نهاه أن يوفيهم من الأرزاق التى ابتاع، فقال: كره الإضمار، حين أضمر أن يعطيهم منه، واتقى فيه بيع الطعام قبل استيفائه.

مسألة: وإذا قلنا بقول ابن القاسم، ففى الواضحة: أنه لا ينبغى للطالب أن يراوده

على طعام يبتاعه لقضائه، أو يسعى له فيه أو يعينه عليه أو يجعل له فيه، قال: نهى عنه مالك، والله أعلم.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ أَنَّهُ مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا بُرًّا أَوْ شَعِيرًا أَوْ سُلْتًا أَوْ ذُرَةً أَوْ دُخْنًا أَوْ شَيْئًا مِنَ الْحُبُوبِ الْقِطْنِيَّةِ أَوْ شَيْئًا مِمَّا يُشْبِهُ الْقِطْنِيَّةَ مِمَّا تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ أَوْ شَيْئًا مِنَ الأُدْمِ كُلِّهَا، الزَّيْتِ وَالسَّمْنِ وَالْعَسَلِ وَالْخَلِّ وَالْجُبْنِ وَالشِّيرِقِ وَاللَّبَنِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الأُدْمِ، فَإِنَّ الْمُبْتَاعَ لا يَبِيعُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَهُ وَيَسْتَوْفِيَهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن ما ذكر من المقتات لا اختلاف فى أنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وإن ذلك مجمع عليه، وإنما اختلف الناس فيما عدا ذلك، وإنما قصد هاهنا أن يذكر المتفق عليه، وقد ذكر قبل هذا أن جميع المطعوم لا يجوز بيعه قبل استيفائه، وهو المشهور عنه، وقد تقدم فيه بما يغنى عن إعادته.

* * *

ما يكره من بيع الطعام إلى أجل

١٣٢٠ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ يَنْهَيَانِ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ حِنْطَةً بِذَهَبٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ يَشْتَرِىَ بِالذَّهَبِ تَمْرًا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ.

١٣٢١ - مَالِك، عَنْ كَثِيرِ بْنِ فَرْقَدٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَا بَكْرِ بْنَ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ بالذهب إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ يَشْتَرِى بِالذَّهَبِ تَمْرًا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ، فَكَرِهَ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنْهُ.

١٣٢٢ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

الشرح: قوله فى الترجمة: **«ما يكره من بيع الطعام إلى أجل»** ثم أدخل بعد ذلك

١٣٢٠ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٣.

١٣٢١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٤.

١٣٢٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٥.

حديث سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبى بكر بن محمد بن عمرو حزم، وليس فيه كراهية بيع الطعام إلى أجل، وإنما فيه كراهية أخذ المطعوم من ثمنه؛ لما فى ذلك من النساء فى بيع الطعام بالطعام.

وأما بيعه بالنسيئة، فلا كراهية فيه، ولكنه يحتمل ذلك، وجهين، أحدهما: على قولنا أن عقدى الذريعة إذا منع منهما؛ لأنهما فى صورة العقد الواحد المحرم، فإنه يجب نقضهما إذا باع حنطة بدراهم إلى أجل، ثم أخذ بثمن الحنطة تمرًا، فهو بيع الحنطة بالتمر إلى أجل، وذلك مفسد، فهذا بيع الطعام إلى أجل على وجه مكروه.

والوجه الثانى أن يريد بذلك أن بيوع الطعام مختلفة، منها ما يجوز، ومنها ما لا يجوز؛ وأن هذا مما لا يجوزأن يباع بدراهم إلى أجل، ثم يأخذ بالدراهم تمرًا، فأنا أعتقد أنه قصد بيع حنطة بالدراهم إلى أجل، فيبعه لطعامه على ذلك بيع مكروه، لأجل الأجل، ولولا الأجل ما حرم؛ لأنه لو باعه بثمن، ثم أخذ فيه تمرًا قبل أن يفترقا؛ لكان الأظهر عندى جوازه، والله أعلم وأحكم.

فصل: ونهيهم عن أن يبيع الرجل حنطة ويقبض بثمنها بعد افتراقهما تمرًا قبل أن يستوفيه أنه من بيع الطعام بالطعام إلى أجل، وفى ذلك مسألتان، إحداهما: أنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام نساء. والثانية: أنه إذا باع طعام لم يأخذ من ثمنه طعامًا.

فأما المسألة الأولى، فإنه لا يجوز بيع الطعام بالطعام إلا يدًا بيد، سواء كان من جنس واحد، أو من جنسين، مقتات أو غير مقتات، وقد تقدم ذكره.

مسألة: ومن باع مطعومًا بتمر، لم يجز أن يأخذ من ثمنه طعامًا إلا فى المجلس الذى وقع فيه البيع الأول، فإن كان البيع الأول إلى أجل أو بالنقد، فافترقا من ذلك المجلس، لم يجز بعد ذلك أن يأخذ به طعاما، وبه قال أبوحنيفة، وأجاز الحسن وابن سيرين والثورى والأوزاعى والشافعى فى أحد قوليه أن يأخذ عند حلول الأجل من ثمن الطعام طعامًا إذا لم يفارقه حتى يقبض.

والدليل على ما نقوله أن هذا أخذ بالطعام طعامًا غير يد بيد، فلم يجز. أصل ذلك إذا باعه الطعام بالطعام، وافترقا قبل التقابض.

فرع: وهذا على ضربين، أحدهما: أن يأخذ من غير صفة الطعام الذى باع. والثانى: أن يأخذ من صفته، فأما أخذه من غير صفته، فسيأتى ذكره. وأما إن أخذ منه طعاما على صفته فى الجنس والنوع والجودة، فلا يخلوأن يأخذ مكيلة ما باع أو أكثر

أو أقل، فإن أخذ مكيلته جاز؛ لأنه إنما يؤول إلى القرض، وهو جائز أن يسلف إردبًا من حنطة فى مثله.

وتحقيق هذا أن كل ما جاز لك أن تدفع فيه المبيع أولاً، إلى أجل، فإنه يجوز أن تأخذ من ثمنه، وما لا يجوز لك أن تدفعه، فلا يجوز لك أن تأخذه من ثمنه، وهذا يقتضى أن المنع منه إنما هو للذريعة؛ لأنه نفس الحرام.

فرع: وإن كان مقدار ما أخذ أكثر من مقدار ما باع، لم يجز؛ لأنه يؤول إلى أن دفع إردب حنطة وأخذ عوضًا منه بعد مدة أردبين من صفته، وذلك غير جائز، وإن كان أخذ أقل منه، ففى كتاب محمد، اختلف قول مالك، فأجازه مرة، وبه قال أشهب، وأباه أخرى، وهو الذى فى المدونة.

فوجه إجازته ضعف التهمة فى تسليف الكثير فى القليل من جنسه.

ووجه المنع منه أن ذلك مقصود فى غير العين، وما تختلف أسواقه؛ ليكون فى ذمة المسلف إلى أجل.

مسألة: وأما إن كانا غير متماثلين، وهو أن يختلفا فى الجنس كالحنطة والتمر أو فى النوع كالحنطة والشعير والمحمولة والسمراء، أو فى الجودة كالحنطة الجيدة بالرديئة، فإنه لا يجوز ذلك فيها،

وإن أخذ من الطعام قدر ما أعطى أو أكثر أو أقل؛ لأنه خرج عن حكم القرض لما بين العوضين من المخالفة؛ لأن من حكم القرض أن يكونا متماثلين، فإن تجاوز أحدهما للآخر فى النوع أو الجودة من غير أن يعقدا القرض عليه، جاز ذلك؛ لأن عقدهما مبنى على المكارمة، وليس كذلك فى مسألتنا فإنهما تعاقدا على المغابنة والمكايسة، فإذا وجد التفاضل فى صفة أو نوع أو جنس، لم يحمل على القرض لمنافاته لمقتضاه، وحمل على ما يوافق مقتضاه، فوجب بذلك الفساد.

قال مالك: وَإِنَّمَا نَهَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ وَأَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدِ ابْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ وَابْنُ شِهَابٍ عَنْ أَنْ لا يَبِيعَ الرَّجُلُ حِنْطَةً بِذَهَبٍ، ثُمَّ يَشْتَرِى الرَّجُلُ بِالذَّهَبِ تَمْرًا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ مِنْ بائعه الَّذِى اشْتَرَى مِنْهُ الْحِنْطَةَ، فَأَمَّا أَنْ يَشْتَرِىَ بِالذَّهَبِ الَّتِى بَاعَ بِهَا الْحِنْطَةَ إِلَى أَجَلٍ تَمْرًا مِنْ غَيْرِ بَائِعِهِ الَّذِى بَاعَ مِنْهُ الْحِنْطَةَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الذَّهَبَ، وَيُحِيلَ الَّذِى اشْتَرَى مِنْهُ التَّمْرَ عَلَى غَرِيمِهِ الَّذِى بَاعَ

مِنْهُ الْحِنْطَةَ بِالذَّهَبِ الَّتِى لَهُ عَلَيْهِ فِى ثَمَرِ التَّمْرِ، فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ.

قال مالك: وَقَدْ سَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ غَيْرَ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَلَمْ يَرَوْا بِهِ بَأْسًا[1].

الشرح: وهذا كما قال أن النهى إنما توجه من الفقهاء المذكورين إلى من باع حنطة بثمن مؤجل، ثم أخذ بثمنها عند الأجل من مبتاع الحنطة منه تمرًا ذلك يقتضى أن يؤول إلى أنه باع حنطة بتمر إلى أجل، وذلك غير جائز لما قدمناه.

فإن لم يشترط ذلك، وباع من رجل حنطة بدينار إلى أجل، ثم اشترى منه تمرًا عند الأجل بدينار، ولم يشترط أنه يأخذه من ثمن الحنطة، ففى كتاب محمد، قال مالك: لا أحب أن يتقاضيا بعد ذلك، ويرد التمر الذى اشتراه.

وقال ابن القاسم: بل يؤدى دينار التمر، ويأخذ منه ثمن قمحه، وإن ردّ إليه ذلك الدينار بعينه، كما لا تستعمل غريمك بدينك عليه، لكن تستعمله بدينار تدفعه إليه، ثم يقضيك إياه.

ووجه قول مالك أن العقد الثانى هو الذى أدخل شبهة الذريعة، فإذا نقض لم يبق فى العقد الأول ما يفسده.

ووجه القول الثانى أن الشبهة إنما تتم بالمقاصة، فإذا منعنا المقاصة وأدّى كل واحد منهما ما عليه صح العقدان.

وهذا إنما يستمر على أحد وجهين، إما أن تكون المسألة ممنوعة لنفسها، لأن من كان له عند رجل ثمن طعام لا يجوز أن يشترى منه بثمنه تمرًا، وليس ذلك من وجه الذريعة، فتكون المقاصة حينئذ ممنوعة للذريعة.

والوجه الثانى أن تكون المسألة فى نفسها ممنوعة للذريعة إلى بيع الطعام بالطعام، فتكون المقاصة حينئذ ذريعة إلى الذريعة، فأنما يصح هذا على منع ذريعة الذريعة.

فأما على تجويز ذريعة الذريعة، فيجب أن تصح المقاصة بينهما؛ لأننا إنما منعنا أن يأخذ بالتمر؛ لئلا يكون ذريعة إلى بيع حنطة بتمر إلى أجل، فإن منعنا المقاصة، فإنما نمنعها؛ لأنها ذريعة إلى أن يأخذ من ثمن الحنطة تمرًا، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو أحال مشترى الطعام بائعه بثمن الطعام، لم يجز للبائع أن يأخذ من

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٨.

المحال عليه طعامًا، ولا يجوز له أن يأخذ منه إلا ما يجوز له أن يأخذ من مبتاع الطعام ما له.

ووجه ذلك أنه باع طعامًا، وأخذ فى ثمنه طعامًا كما لو أخذه من المبتاع.

فصل: وقوله: «**فأما أن يشترى بالذهب الذى باع بها حنطة تمرًا من غير بائعه، قبل أن يقبض الذهب، ويحيله على مبتاع الحنطة بالذهب، فلا بأس به**» ومعنى ذلك أن يشترى بقدر ذلك الذهب تمرًا، ويتعلق الثمن بذمته ثم يحيله به على مبتاع الحنطة، فذلك جائز.

وأما أن يشترى منه بذلك الثمن تمرًا حتى لا يتعلق ثمن التمر بذمته، وإنما يكون ثمن التمر ماله من الذهب التى هى ثمن الحنطة على مبتاع الحنطة، فما أراه أراد ذلك؛ لأنه أخذ من ثمن الحنطة تمرًا، فكأنه باع من رجل حنطة بتمر له على رجل آخر يحيله عليه.

ووجه جواز المسألة التى ذكرها أنه اشترى تمرًا، لم يأخذه من ثمن الطعام، وإنما اشتراه بعين متعلق بذمته، ثم أحاله بذلك التمر على مبتاع الحنطة، وذلك فى معنى البيع.

والفرق بين هذه المسألة وبين أن يحيله مبتاع الحنطة بثمنها على رجل، فيأخذ منه بذلك الثمن، فلم يجوزه، وجوز أن يبتاع التمر من أجنبى حتى يتعلق ثمن التمر بذمته مع كون ذمة مبتاع الحنطة مشغولة من ثمن حنطة آل إلى تمر، لا أن ثمن التمر آل إلى حنطة، وإنما وقعت الحوالة فى ثمنيهما بعد ثبوتهما فى الذمة عينًا.

وأما الذى أحاله مبتاع الحنطة على رجل، فأخذ منه بثمنها تمرًا، فإن ثمن الحنطة نفسه آل إلى تمر، فيفسد بذلك.

فرع: ولو وكلت من يقبض التمر، فقبضه، فأتلفه جاز لى أن آخذ منه به طعامًا، قاله ابن حبيب فى الواضحة. والفرق بينه وبين المسألة التى قبلها أن التهمة تبعد فى ضياع الثمن عند الوكيل وتغريمه إياه.

ووجه آخر أنه إذا ثبت للبائع الثمن عند الوكيل بالتعدى فخالف حكم ثمن الطعام، والله أعلم.

مسألة: ولو كان لرجل على بائع الحنطة دراهم، فأحاله بها على مبتاعها، لم يجز للمحال عليه أن يدفع إلى المحال إلا ما كان يجوز له أن يدفعه إلى المحيل.

ووجه ذلك أن ميتاع الحنطة دفع بثمنها حنطة، ففسد ذلك من جهته.

وروى ابن المواز هذه المسألة والتى قبلها عن مالك، وهما من جهة منع الذريعة ضعيفان؛ لأنه يبعد فى التهمة أن أبيع من رجل حنطة؛ ليحيلنى بالثمن بعد انقضاء الأجل على رجل، فيأخذ منه به تمرًا أو أحيل عليه بالثمن من يأخذ منه به تمرًا.

وقد جوز مالك للمسلمين فى صفقة واحدة أن يقيل أحدهما من حصته من السلم دون الآخر، وعلل ذلك بأنه لا يتهم أحد أن يسلف لمبتاع غيره، ولعله قد منع ذلك على وجه الكراهية والاستثقال للمسألة؛ أو يكون منعه منهما؛ لأنهما ممنوعتان لأنفسهما لا للذريعة، وقد بينا وجه ذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن ابتعت منه حنطة بثمن إلى أجل، فأخذت منه كفيلاً، فدفع إليك الكفيل الثمن أو دفعه إليك رجل متبرعًا، كان له أن يأخذ ممن تبتاع الحنطة طعامًا من غير صنفه، ومن صنفه أقل أو أكثر، حكاه ابن المواز عن ابن القاسم، وهو فى الواضحة.

ووجه ذلك أن الوكيل والمتبرع أقرضا المبتاع، وقضيا عنه ثمن الطعام، والذى لهما عنده ليس بثمن الطعام، وإنما هو ما أقرضاه، ولذلك لم يفتقر فى الرجوع على المبتاع إلى إحالة البائع.

وفى المسألتين المتقدمتين، إنما عاملا البائع، ووجب لهما قبله ما أحالهما به، ولولا إحالته ما تبعا المبتاع بدين لهما عليه، فصار ما يطلب به المبتاع هو نفس ثمن الطعام.

مسألة: ومن اشترى لك طعامًا لا يعرف كيله، فإن قامت البينة على إتلافه له، جاز لك أن تأخذ منه بقيمته طعامًا، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أنه إذا ثبت إتلافه، فقد وجبت قيمته، فلا تهمة فى أخذك بالقيمة طعامًا؛ لأن الإتلاف لم يكن باختيار من له الطعام والمتلف قد تيقن لزوم القيمة له، ولو غاب عليه اتهم أن يكون أمسكه، ودفع به طعامًا، سواء كان الإتلاف المذكور بحرف أو غيره من انتفاع المتعدى، وبالله التوفيق.

* * *

السلف[1] فى الطعام

١٣٢٣ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: لا بَأْسَ بِأَنْ يُسَلِّفَ

---

(١) هكذا فى أصل الباجى، وفى الموطأ السلفة.

١٣٢٣ - أخرجه الشافعى فى الأم ٩٤/٣. البيهقى فى السنن الكبرى ١٩/٥. معرفة السنن والآثار ١١٥٧٦/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٦.

الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِى الطَّعَامِ الْمَوْصُوفِ بِسِعْرٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، مَا لَمْ يَكُنْ فِى زَرْعٍ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهُ، أَوْ تَمْرٍ لَمْ يَبْدُ صَلاحُهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**لا بأس أن يسلف الرجل الرجل فى الطعام الموصوف**» يقتضىأن يكون المسلم فية موصوفًا؛ لأن السلف يكون بمعنى القرض، ويكون بمعنىالسلم، فأما القرض، فلا يحتاج إلى وصف؛ لأنه لا يجوز أن يشترط إلا مثل ما أعطى، فلا يصح أن يريد هاهنا القرض.

وأما السلم، فلابد أن يكون المسلم فيه موصوفًا؛ لأنه لا يصح أن يعرف إلا بالوصف؛ لأنه لا يجوز أن يكون معينًا، وإنما يكون متعلقًا بالذمة، وهذا لا خلاف فيه، وللسلم ستة شروط، ونحن نفرد لكل شرط منها بابًا، فالأول: أن يكون السلم فيه متعلقًا بالذمة، وقد تقدم الكلام فيه.

* * *

الباب الثانى فى كونه موصوفًا

وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يريه ما سلم إليه فيه، فيقول له: أسلم إليك فى مثل هذا، فهذا اختلف أصحابنا فيه، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأصبغ فيمن أسلم فى زيت أيأخذ من غيره، ويطبع عليه حتى يأخذ من صفته، قال: لا يصلح. قال أصبغ: إذا كان مضمونًا، لم يصلح ذلك فيه، وإن كان بعينه غائبًا، فجائز ما لم يشترط خلف مثله.

وفى السلم الثانى من المدونة، سئل مالك عمن أسلم فى ثوب أيريه ثوبًا، فيقول له على صفة هذا، أو يجتزى بصفته، قال: إن أراه، فحسن، وإلا أجزأته الصفة، فمنع ابن القاسم فى الموازية ذلك فيما له مثل، وهو كان أقرب إلى الجواز، وظاهر المدونة يقتضى تجويزه فيما لا مثل له، وتجويزه فيما له مثل من المكيل والموزون أولى وأحرى.

فوجه المنع أن أعتبار صفات المثل يقتضى أن يكون مثله من جميع جهاته، وعلى جميع أوصافه، وهذا متعذر لا يكاد أن يوجد، وإنما يكون المثل فيما له مثل على المقاربة، وإذا بعد هذا فى المكيل والموزون، فهو فى الثياب أبعد، وهو فى الحيوان أبعد منه فى الثياب.

ووجه إباحته أنه إنما يلزم وصف المسلم فيه بأوصاف مخصوصة، وهى التى تقدم

ذكرها، فإذا أراه ما يسلم فى مثله، فإنما يعتبر مماثلته تلك الصفات التى لا يجوز له الإخلال فى السلم بها دون غيرها من الصفات التى لا يلزم ذكرها فى السلم.

مسألة: والوجه الثانى أنه يصفه بصفاته التى يوصف بها على السلامة مما يختلف ثمنه باختلافها، وليس عليه أن يصفه بجميع صفاته؛ لأن ذلك لا يؤثر فى ثمنه، ولا يوجب رغبة فيه، ولا خلاف أن ما لم يضبط بصفة، فإنه لا يجوز السلم فيه، وأن يختلف فيما يضبط بالصفة، فمن ذلك الحيوان يجوز عند مالك أن يقرض ويسلم فيه، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يثبت فى الذمة قرضًا ولا سلمًا.

ولنا فى هذه المسألة ثلاثة طرق، أحدها: أن تدل على نفس المسألة. والثانى: أن تدل على أن الحيوان يضبط بالصفة. والثالث: أن تدل على أنه يثبت فى الذمة.

والدليل على جواز القرض والسلم فيه الحديث الذى يأتى بعد هذا من الأصل «أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرًا، فجاءته إبل الصدقة، قال أبو رافع: فأمرنى رسول الله ﷺ أن أقضى الرجل بكره، فقلت: لم أجد فى الإبل إلا جملاً خيارًا رباعيًا، فقال رسول الله ﷺ: أعطيه إياه، فإن خيار الناس أحسنهم قضاء»(*).

ومن جهة القياس أن كل ما جاز أن يتعلق بالذمة مهرًا، فإنه يجوز أن يتعلق بها سلمًا وقرضًا كالثياب.

والدليل على أنه يضبط ما روى عبد الله بن مسعود قال: قال النبى ﷺ: «لا تباشر المرأة المرأة، فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها»(*).

ودليلنا من جهة القياس أن كل ما صح أن يثبت فى الذمة، فإنه يصح أن يضبط بالصفة كالثياب.

ودليلنا على أنه يثبت فى الذمة أن الحيوان معنى يكون بدلاً عن سلف، فوجب أن يثبت فى الذمة كالطعام.

(*) أخرجه مسلم فى المساقاة ١٦٠٠. والترمذى فى البيوع ١٣١٨. والنسائى فى البيوع ٤٦١٥. وأبو داود فى البيوع ٣٣٤٦. وابن ماجه فى التجارات ٢٢٨٥. وأحمد فى مسند القبائل ٢٦٦٤٠. والدارمى فى البيوع ٢٥٦٥. والبيهقى برقم ٥/٣٥٣. والطبرانى فى الكبير ١/٢٨٨، عن أبى رافع. والبغوى فى شرح السنة ٨/١٩١، عن أبى رافع. وذكره فى الكنز ١٥٤٥٥ وعزاه لمسلم وأبى داود والترمذى، عن أبى رافع.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٢٤٠، ٥٢٤١. الترمذى حديث رقم ٢٧٩٢. أبو داود حديث رقم ٢١٥٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٣٥٩٨، ٣٦٥٩.

الفرع: إذا ثبت ذلك، فإنه ليس من حكمه أن يقول فارهًا، وإنما يصفه على حسب ما ذكرنا، فإذا أتاه بتلك الصفة، لزمه أخذه، قاله ابن القاسم فى المدونة.

مسألة: ويجوز السلم فى اللحم، وبه قال الشافعى، ومنع ذلك أبو حنيفة. والأصل فى ذلك أنه مما يضبط بالصفة، فيذكر ما تختلف فيه الأغراض باختلافه، وذلك بأن يوصف بأنه لحم ضأن أو ماعز، ويوصف بالسمانة، وغير ذلك من أوصافه المختصه به. قال ابن القاسم وغيره: ولم أر لأصحابنا تفريقًا بين الذكر والأنثى، واختلاف الأسنان، فإن كان ذلك مؤثرًا فى الثمن، لزم ذكره.

فرع: وهل يذكر موضع اللحم من الحيوان أم لا؟ قال ابن حبيب وابن المواز: ليس عليه ذلك. قال ابن حبيب: فإن فعل، فحسن. وقال القاضى أبو محمد: إن اختلفت الأغراض بمواضع اللحم من الشاة وصدر، أو فخذ، أو جبنة، ذكره.

فوجه القول الأول ما جرت العادة به من امتزاج بعضه ببعض دون تفصيل، وإن اختار بعض الناس مكانًا منه على مكان، فعلى سبيل الاستطابة، وغيره يختار غير ذلك المكان كما يختار من جنس التمر آحاد أعيانه مع تساويه فى الصفة.

ووجه قول القاضى أبى محمد أن ما اختلفت الأغراض فيه، لزم بيانه كالجنس.

فرع: وأما السمانة، فقال ابن حبيب، وابن المواز: لابد أن يذكر سمينًا، فإن ذكر وسطًا من السمانة، فحسن، وإلا أجزأه أن يقول سمينًا، قال ابن حبيب: ويكون له السمن المعروف عند الناس.

وجه ذلك أن السمن والهزال مما يختلف الغرض، والثمن فى اللحم باختلافه حتى أن اليسير من السمن له من الثمن أضعاف ما للكثير من المهزول، فلابد من تمييزه بالصفة، فيصف فيه بالسمن والهزال، فإذا ميزه بهذا الاسم أجزأه عن أن يذكر قدر السمانة.

مسألة: والسلم فى الأكارع والرءوس جائز، خلافًا لأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى.

والدليل على ذلك ما قدمناه فى مسألة اللحم، ويحتاج من الصفات إلى كل ما ذكرناه أنه يحتاج إليه اللحم، ويذكر مع ذلك كبارًا أو صغارًا أو متوسطة، إذا سلم فيها عددًا.

مسألة: ويجوز السلم فى الدور الفصوص خلافًا للشافعى. والدليل على ما نقوله أنه مما يدرك بالصفة، فيوصف لونه وصفاؤه، وصورته من طويل أو مدحرج وإملاس

وتضريس ووزنه، وما جرى مجرى هذا من صفاته التى تختلف الأغراض فيه باختلافها.

ولا يلزم على هذا أن يقال أنه قد يكون بين الأبيض الصافى فى المدحرج الذى وزنه درهم، وبين آخر يوصف بهذا الوصف تفاوت فى الثمن، فإن الجارية التى توصف بالبياض، والطول، وامتلاء الجسم بينهما وبين جارية أخرى، لا توصف بهذه الصفات تفاوت فى الثمن، وقد أجمعنا على جواز السلم فى الرقيق.

مسألة: يجوز السلم فى الدنانير والدراهم خلافًا لأبى حنيفة. والدليل على ما نقوله أن كل ما ثبت فى الذمة ثمنًا، فإنه يثبت فيها سلمًا كالثياب والطعام.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن ما تقع به المعاوضة على ثلاثة أضرب، ضرب مختلف فى جواز السلم فيه، وقد تقدم ذكره. وضرب متفق على منع السلم فيه، وهو تراب معادن الذهب والفضة؛ لأنها لا تضبط بصفة، ويجب أن يكون مثل ذلك تراب معادن الحديد، وغيره مما يحتاج فى إخراج المقصود منه إلى عمل.

وأما ما يكون المقصود منه موجودًا على هيئته ونحوه، فإنه يجب أن يجوز؛ لأن السلم حينئذ إنما يتعلق بالكحل، وذلك مما يضبط بالصفة.

فصل: وضرب متفق على جواز السلم فيه، كالحنطة والتمر وغيرهما من الحبوب، وما يكال ويوزن من غير المطعوم، فإذا قلنا بجواز السلم فى الحنطة، فإن كان ببلد يختلف فيه جنسها، فهو على ضربين، أحدهما: أن يكون حيث يحصل النوعان. والثانى: أن يكون بحيث يجلب إليه الصنفان.

فإن كانت بحيث يحصل الصنفان كالأندلس التى يقرب فيها أحدهما، وربما اجتمعت فى المنبت والمحصد، فالأفضل أن يصفه بجنسه. قال ابن حبيب: لا يضره أن لا يصف بذلك إذا ذكر الجودة والرداءة.

والأظهر عندى على المذهب خلاف هذا أن يبطل السلم بترك ذكر الصفة؛ لأن الثمن يختلف بالأندلس باختلاف نوع الطعام اختلافًا بينًا.

مسألة: فإن كان بموضع يجلب إليه الجنسان كالجار والحجاز، فمن شرط صحة السلم أن يصفها بنوعها، وإن كان بموضوع إنما يكون فيه النوع الواحد كمصر التى حنطتها كلها بيضاء مع السلامة، والشام التى حنطتها سمراء، فهل يحتاج إلى ذكر الجنس أم لا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، أحداهما: لا يلزم ذكر الجنس. والثانية: أنه لابد بمصر من ذكر الجنس، رواها ابن المواز عنه.

وجه الرواية الأولىأن يسلم يختص ببلد العقد مع الإطلاق، فإذا كان جنس المعقود عليه، لا يختلف فيه لم يلزم ذكره كالدنانير والدراهم.

ووجه الرواية الثانية أن المعقود عليه تختلف أجناسه، فإذا وجب ذكر صفاته وجب ذكر أجناسه كالتمر والحنطة حيث تختلف أجناسها.

فرع: وإذا قلنا بالراوية الثانية، فلم يذكر الجنس، فهل يفسخ أم لا؟ قال ابن عبد الحكم: يفسخ. وقال أصبغ: لا يفسخ.

وجه الأولى أن هذا موضع يلزم فيه ذكر الجنس، فوجب أن يفسد السلم الإخلال به كالموضع الذى يكون فيه الجنسان.

ووجه الرواية الثانية أن الظاهر من البلد الجنس الواحد، وعليه يجب حمل السلم، وإنما يؤمر بذكر الجنس على وجه الاستظهار، ورفع الإشكال، فإذا أخل بذكره، وكان هو الظاهر من حاله وجب حمله عليه.

مسألة: وعليه أن يذكر مع ذلك جيدًا أو وسطًا أو رديًا؛ لأن الجنس الواحد يختلف، فيكون منه الجيد والوسط والردىء، وذلك مما يختلف الثمن باختلافه، فلابد من ذكره، وهل يفسد العقد ترك ذلك أم لا؟ وذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون السلم حيث يحصل الطعام، فيفسد السلم؛ لأن فى موضع محصده يكون الجيد والردىء، فيختلف بذلك الثمن، فلابد من ذكره، وإذا كان موضع العقد يجلب إليه، فقد قال ابن حبيب: لا يفسخ. وقال سائر أصحابنا: إنه يفسخ على الإطلاق، متى لم يصفه بالجودة.

ووجه ما قاله ابن حبيب، أن غالب أمر الطعام تساويه حيث يجلب إليه فى السفن كالحجاز وجدة؛ لأنه يخلط فى السفن، ويتساوى، فلا يفسد السلم ترك ذكر الجودة؛ لأن غالبه متساوٍ.

ووجه القول الثانى أن طعام السفن يختلف، فيكون بعضه أفضل من بعض، ويكون من طعام الحجاز وجدة ما يجلب فى الفقاع، فيكون أفضل من الطيب، فلابد من ذكر الجودة.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن حبيب، فما الذى يجب على المسلم إليه من القمح مع إطلاق الصفة. قال ابن حبيب: يلزمه الوسط من ذلك؛ لأن ما جاز فيه إطلاق الصفة

رجع منه إلى غالبه أو وسطه، فإذا لم يكن له غالب رجع منه إلى الوسط، وكان يجب على مذهب ابن حبيب إن كان له غالب أن يلزم ذلك بمجرد العقد، وإن لم يكن له غالب أن لا يصح السلم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ويجزئه من الصفة بالجودة أن يقول جيدًا، وليس من شرطه أن يقول غاية فى الجودة، قاله أصبغ وغيره من أصحابنا لم يختلفوا فيه، إلا ما قاله أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا: أنه لا يجزئ من الصفة بالجودة أن يقول جيدًا، حتى يقول غاية الجودة، وأنه متى لم يصفه بالغاية، بطل السلم.

والأول هو الصحيح؛ لأن صفة السلم لا تبلغ من معرفة الموصوف مبلغ الرؤية له، وإنما يبلغ به معظم مقاصده، ويجزئ فى صفات الرقيق أن يقول طويلاً أو قصيرًا، ولا يلزم غاية الطول فإن وصفه بسواد العين، فلا يلزم غاية السواد، وإن وصف الثوب بالرقة، فلا يلزم غاية الرقة.

ووجه آخر وهو أن هذا يبطل بالتوسط، فإنه لا يعرف غايته، ولا يقال غاية التوسط.

ووجه ثالث، أن ما قاله أقرب إلى الفساد؛ لأنه كان يريد بغاية الطيب ما لا يوجد أطيب منه، فهذا يتعذر وجوده، ولا يكاد المسلم إليه أن يقدر على تخليصه، وذلك يمنع صحة السلم فيه، وإن أراد به أنه غاية فى الطيب وأنه يوجد مثله، وأفضل منه مما يوصف بغاية الطيب، لزمه فى الاختلاف فيه ما يلزم فى وصفه الطيب.

فرع: فإذا قلنا إنه يجزئ وصفه بجيد ووسط ورديء دون ذكر الغاية، فقد قال ابن حبيب وابن المواز: له العام من الجيد، وليس له الخاص، وقد يكون من الجيد خاص بالغ فى الجودة والطيب، فلا يحمل على ذلك، إلا لمن شرطه.

والصواب عندى أن يكون ما دفعه المسلم إليه مما يقع عليه صفة السلم، لزم المسلم قبضه، فإذا أسلم إليه فى جيد، وأتى بما يقع عليه ذلك الاسم، لزمه قبضه، وكذلك الوسط والرديء، ما لم يكن فيه عيب من غير الخلقة المعتادة منه.

مسألة: وتصفه بالنقاء والغلث أو التوسط؛ لأن ذلك مما يلزم القمح، ويختلف ثمنه باختلافه، فإن أخل بذلك، وقد ذكر الجودة أو التوسط أو الرداءة، فهل يبطل السلم أم لا؟ قال ابن حبيب: لا يبطل السلم.

ووجه ذلك أن الغلث عيب، فلا يلزم ذكر السلامة منه كسائر العيوب، وإنما استحب ذكره؛ لأن الغلث لا يكاد أن يخلو طعام منه.

فصل: ويجوز السلم فى التمر والرطب، فإن كان ببلد لا تختلف أنواعه فيه، ووصف بالجودة أو التوسط أو الرداءة، فعلى حسب ما تقدم ذكره فى الحنطة، ويدخله من الاختلاف فى ذلك كله ما يدخل فى الحنطة، وليس عليه وصفه بالنقاء؛ لأن التمر لا غلث فيه، وليس عليه وصفه بالسلامة من الحشف؛ لأن ذلك عيب فيه ويسلم أكثر التمر منه، ويلزم المسلم إليه أن يعطى غير الحشف؛ لأن إطلاق الاسم يقتضى السلامة إلا باليسير الذى لا يستبد التمر منه فى الأغلب.

مسألة: فإن كان ببلد تختلف أنواعه منه، فإن وصفه بالنوع شرط فى صحة السلم، وهذا حكم الزبيب والفول والحمص وسائر القطانى والحبوب والزيتون، وبالله تعالى التوفيق.

مسألة: وأما السلم فى الثياب على اختلاف أصولها من حرير أو قطن أو كتان، فأن يصف صقالته، وخفته، ورقته، وجنسه، وأصله، وليس عليه أن يذكر وزنه، ولا أن يقول جيدًا، قاله ابن القاسم فى المدونة؛ لأنه قد يتعذر عليه تحقيق الوزن مع اشتراط الطول والعرض، فإذا وفاه المقدارين من ذلك الطول والعرض والصفاقة، فقد أوفاه حقه، ودخل فيه قدر الوزن، وما يقرب منه، فأما تحقيقه، فلا سبيل إليه، وبالله التوفيق.

* * *

الباب الثالث أن يكون المسلم فيه مقدرًا

وهو مما لا يصح دونه؛ لأن السلم فيه متعلق بالذمة، وما يتعلق بالذمة يستحيل أن يكون جزافًا غير مقدر؛ لأنه لا يتميز فى الذمة من غيره إلا بالتقدير، وليس كذلك المشاهدة؛ لأنه يتميز من غيره بالإشارة إليه والتعيين له.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما كان من المكيل يقدر بالكيل، وما كان من المعدود يقدر بالعدد، وما كان من الموزون يقدر بالوزن، وما كان يتقدر بالذرع كالثياب ونحوها يقدر بالذرع.

وذكر ابن القاسم فى المدونة أن اللحم يجوز السلم فيه بالتحرى كما يباع الخبز بالخبز تحريًا، والأظهر عندى أن ذلك إنما يجوز عند تعذر الموازين؛ لأنه مع الإمكان إنما

قصد بالتحرى التخاطر والحزر الذى ينافى السلم، وهذه المسألة مبنية على جواز اللحم باللحم تحريًا وسيأتى بعد هذا إن شاء الله تعالى فى موضعه مفسرًا.

مسألة: وأما صوف الغنم، فإنه يتقدر بالوزن دون عدد الجزز؛ لأن الجزز تختلف، فمنها الكبيرة والصغيرة، وله مقدار معروف، فيجب أن يعتبر به.

مسألة: وأما البيض فلا يتقدر بوزن، ولا كيل، فلا يسلك فيه إلا بالعدد، حكى ذلك ابن حبيب. وأما الرمان والسفرجل، فروى ابن القاسم عن مالك: تباع عددًا. قال ابن القاسم: وإن كان الكيل فيها معروفًا، فلا بأس بذلك. وقال ابن حبيب: يسلم، فيها عددًا أو كيلاً فيها وزنًا، قال: ويذكر مقداره.

فوجه قول مالك أن الذى جرت به العادة فى بيعها هو العدد، ولم تجر العادة بغيره، وكان مجهولاً فيها وأيضًا، فإن كثيرها لا يكاد يتأتى فيه كيل، ولابد من اشتراط الكبر والصغر والتوسط، فإن الأغراض تختلف باختلاف ذلك.

ووجه قول ابن القاسم أن العدد إنما يتقدر به ما يغلب عليه التساوى، والتساوى قليل فى هذا النوع من الفواكه، وهى الرمان والسفرجل والتفاح، فكان العدد فيها من أبواب الخطر.

فأما صغير التفاح، فقول ابن القاسم فيه ظاهر، وأما ما عظم منه ومن الرمان والسفرجل، فالعدد فيه أظهر كالأترج، وإن كان يجرى فى بعض البلاد بالوزن كان ذلك أظهر فيه، وكذلك البطيخ والقثاء والخيار والموز والكمثرى ورءوس الغنم، والله أعلم.

مسألة: وأما الجوز، فاختلف فيه قول مالك وابن القاسم وابن حبيب على حسب ما ذكرنا من اختلاف قولهم فى الرمان. ووجهه ما قدمناه، والوجهان ممكنان ظاهران، وقول ابن حبيب بجواز الوجهين فيه، جائز.

مسألة: وأما ما صغر من الفاكهة كعيون البقر والمشمش والقراسيا والزعرور والمضارع، فإنه يتأتى فيه الكيل والوزن والأحمال، وفى كثير منه العدد، والذى عندى أنه يسلم فيه فى كل بلد على عرفه، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما ما صغر، وكان مما ييبس ويدخر كاللوز والبندق، وقلوب الصنوبر، فإنه لا يسلم فيه إلا كيلاً، حكى ذلك ابن حبيب، قال: ولا يسلم فيه عددًا، وهذا

الذى ذكره ابن حبيب بين؛ لأن المشقة تلحق بعدده لصغره، وإنما يتأتى فيه الكيل أو الوزن، فإن كان ذلك عرفه ببلد السلم حمل عليه.

مسألة: وأما التمر والقمح والشعير الحبوب التى تدخر، فبالكيل، ولا يختلف فى ذلك عرف البلاد ما لم تطحن، فإذا طحنت، فخلص قلب الأرز، ودقيق الحنطة أو جريشها، فإن عرفه بمعظم البلاد الوزن وعرفه بمدينة الرسول ﷺ الكيل، ويجب أن يقدر فى السلم بعرف بلد السلم، فإن غيره مجهول.

وقد قال ابن القاسم عن مالك: لا يباع طعام بقصعة أو قدح غير مكيال الناس، وهو فاسد غير جائز. قال ابن القاسم: فما يسلم فيه بتلك المنزلة أو أشد. وقال أشهب: هو مكروه، فإن وقع لم يفسخ. وقال غيره: يفسخ.

مسألة: وأما الحطب، فقال ابن القاسم: يسلم فيه وزنًا أو أحمالاً وحزمًا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه يجوز أن يعمل من ذلك بكل بلد على ما جرى عرف بيع ذلك الجنس به.

مسألة: وأما الجذوع والخشب، فإنها تتقدر بالذرع فى الطول والعرض والارتفاع؛ لأنه الغرض فى ذلك كله، وأما البقول والقصيل، فإنها تتقدر عند ابن القاسم بالحزن والقبض والأحمال، ولا يجوز أن تتقدر بذرع الأرض، وجوز ذلك أشهب، رواه ابن المواز عنه.

واحتج ابن القاسم للمنع بأن صفاقته وخفته لا تضبط بالصفة، وهذا على صحته ناقص العبارة، وبيانه أن ما تقدم من ذلك بذرع الأرض يختص بأرض معينة أو حومة معينة متقاربة؛ لأنه الغرض والثمن يختلف بالقرب والبعد.

فإذا تعينت البقعة، لم يجز السلم فيما يثبت فيها، لأنه لا يدرى كيف يكون حاله، وإن تعينت الحومة، لم يجز السلم فيما يخرج منها؛ لأنها بمنزلة القرية الصغيرة، ولذلك لا يجوز السلم فى التمر فى رءوس النخل، فلهذا لم يجز السلم فى شىء من الثياب بذرع الأرض.

مسألة: ويسلم فى الثياب كلها بالذرع فى الطول والعرض؛ لأنها لا تتقدر إلا به، فإن شرط ذراع رجل بعينه، فقد أجازه ابن القاسم فى المدونة، فإن خيف أن يغبن، أخذ منه مقدار ذراعه، إلى أن يجىء أجل السلم.

فإن شرطا ذراعًا، ولم يعينا ذراع رجل بعينه، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: يحمل على ذارع وسط. قال أصبغ: هو استحسان، والقياس الفسخ.

وجه قول ابن القاسم أن الذراع ما لم يعين يعلق بالوسط، وصح بذلك العقد؛ لأنه متى كان للعقد وجه من الصحة، حمل عليه.

ووجه قول أصبغ أن القدر الذى تعلق بالذمة مجهول، وذلك يمنع صحة العقد، وهذا فى البلاد التى ليس لأهلها ذراع معين جرى عرف التبايع به، وإن كان لهم ذراع مقدر كذراع الرشاش لأهل قرطبة والذراع المالكى ببعض البلاد حمل المتعاقدان مع إطلاق العقد عليه، والله أعلم.

* * *

الباب الرابع أن يكون السلم مؤجلاً

أما الشرط الرابع، وهو أن يكون مؤجلاً، فإن الظاهر من مذهب مالك أن السلم لا يجوز إلا فى مؤجل، وبه قال أبو حنيفة. وروى ابن عبد الحكم وابن وهب عن مالك: يجوز أن يسلم إلى يومين أو ثلاثة. وزاد ابن عبد الحكم: أو يوم.

قال القاضى أبو محمد: واختلف أصحابنا فى تخريج ذلك على المذهب، فمنهم من قال: إن ذلك رواية فى جواز السلم الحال، وبه قال الشافعى. ومنهم من قال: إن الأجل شرط فى السلم، قولاً واحدًا، وإنما تختلف الرواية عنه فى مقدار الأجل.

والدليل على اعتبار الأجل أن ما اختص بالسلم، فإنه شرط فى صحته كعدم التعيين.

ووجه القول الثانى أن هذه معاوضة، فلم يكن من شرط صحتها التأجيل كالبيع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالسلم على ضربين، ضرب يقضى ببلد السلم، وضرب يقضى بغيره، فأما ما يقضى ببلد العقد، فقد اختلف أصحابنا فى مقدار أجل السلم، فقال ابن القاسم فى المدونة: لا يجوز إلا إلى الأجل الذى تختلف فى مثله الأسواق الخمسة عشر يومًا والعشرين يومًا.

وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به إلى اليوم الواحد. وروى ابن وهب عن مالك: إلى اليومين والثلاثة. وقال القاضى أبو محمد: فى ذلك الروايتان، إحداهما: أنه يجوز إلى أى أجل كان، قرب أو بعد. والثانى: لا يجوز إلا إلى الأجل الذى تختلف فى مثله الأسواق.

فوجه قول ابن القاسم أن السلم اقتضى الأجل، لئلا يتتقن فيه انتفاع المسلم لمشابهة

الغرض، احتاج أن يكون إلى أمد تختلف فيه الأسواق، فإن خرج عن هذا عدم شرط الصحة.

ووجه الرواية الثانية أن هذا معنى يشترط فى صحة السلم، فاستوى قليله وكثيره. أصل ذلك مقدار المسلم فيه.

ووجه آخر، وهو أن الدنانير والدراهم يجوز السلم فيها، وتختلف أسواقها، فلو كان اعتبار مدة تتغير فيها أسواق العروض شرطًا فى صحة السلم، لوجب أن لا يجوز السلم فى العين، ولوجب أن يختلف آجال السلم باختلاف السلع، فإن من السلع ما يكثر تغير أسواقه كالطعام ونحوه، ومنها ما يندر ذلك فيها كالجواهر والياقوت، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ما قلناه، فالذى قاله القاضى أبو محمد أن تغير الأسواق فى ذلك لا يختص بمدة من الزمان، وإنما هو على حسب عرف البلاد، ومن قدر ذلك بخمسة عشر يومًا أو أكثر، فإنما قدر على عرف بلده، وتقدير ابن القاسم ذلك بخمسة عشر يومًا وعشرين أظهر؛ لأن هذا عرف البلاد، ومقتضى ما علم من أسواقها، فإنه يغلب تغيرها فى مثل هذه المدة وعرف مصر كعرف غيرها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ووجه الأجل فى البياعات، أن يبين بما يمكن تبيينه به، وجرت بمثله العادة، فيقول: إلى أول شهر كذا أو إلى آخره، أو إلى يوم كذا، مضت منه أو بقيت منه، فإن قال: إلى شهر كذا، فإن هذا اللفظ يقتضى أن يكون يحل بأول ليلة من الشهر.

فأما إن قال: يوفيه فى شهر كذا من سنة كذا، فقد قال أبو عبد الله بن العطار من أهل بلدنا: إن هذا ضعيف، وليس بأجل محدود، ويكون له أن يدفعه ما بين أول الشهر إلى آخره، غير أن السلم لا ينتقض بذلك، ويكره بدءًا، فإن وقع، مضى ونفذ، وفى هذا القول نظر.

مسألة: ويجوز أن يسلم إلى الجداد والحصاد، ومنع ذلك أبو حنيفة والشافعى.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا أجل معلق بوقت من الزمان معلوم، فجاز أن يكون أجلاً فى السلم والبيوع المؤجلة. أصله إذا أجله بسنة أو بشهر.

مسألة: ويجوز فى الآجال إلى خروج العطاء إذا كان وقت العطاء معروفًا لا يختلف، والمراد به وقت خروج العطاء، فإذا حل ذلك الوقت، حل الأجل، خرج العطاء، أو لم يخرج، وكذلك تأجيلهم إلى قدوم الحاج، والكلام فيه على نحو ما تقدم.

فصل: وأما ما يقتضى تغير بلد السلم، فإنه يستغنى عن ذكر الأجل. قال محمد: يجوز ذلك، وإن كان حالاً، وهذا تجوز فى عبارة؛ لأن قطع مدة تلك المسافة أجل، وإنما أرد به أنه يجوز، وإن لم يذكر الأجل. وحكى ابن المواز عن مالم فيمن أسلم فى طعام حال، يؤجل بالريف مسيرة يومين أو أكثر: أنه جائز.

ووجه ذلك ما احتجوا به من أن اختلاف الأسواق باختلاف البلدان كاختلافهم بعد الآجال، ألا ترى أن الناس يجهزون الأمتعة إلى البلاد، رجاء اختلاف الأسواق كما يؤخرون السلع إلى الأجل، وجاز ذلك، وإذا كان كذلك حررنا فيه قياسًا، فنقول: إن هذا معنى عرفه بتغير الأسواق، فجاز السلم إليه كالأجل البعيد.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن عقدا على ذلك عقدًا صحيحًا، وجب على المسلم إليه الخروج إلى مكان القضاء، متى بقى بينه وبينه مقدار تقطع فيه المسافة، فإن أبى من الخروج، أجبر على أن يخرج، أو يوكل من يقضى المسلم ما سلم فيه؛ لأنه قد وجب عليه التسليم ولا طريق له إلى ذلك، إلا بالخروج إلى موضعه أو الاستنابة فى ذلك بالتوكيل.

فرع: فهل له أن يعزل الوكيل بعد أن قصد خارجًا إلى موضع التسليم؟ من متأخرى أصحابنا من قال: إنه لا يجزئه توكيله على ذلك، إلا أن يضمن الوكيل المسلم فيه؛ لجواز أن يعزله المسلم إليه، فيبطل سفر المسلم أو يتعذر عليه من سلم إليه حقه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويجوز عندى أن يقال: ليس للمسلم إليه عزله لتعلق حق المسلم بهذه الوكالة، كما يقول فى التوكيل على بيع الرهن، وكما يقول فى الوكيل على الخصومة، إذا تقيدت عليه المقالات لم يكن لموكله عزل إلا برضا من يخاصمه؛ لتعلق حقه بالوكالة.

مسألة: فإن جاز الأجل، ووجد المسلم، المسلم إليه، بغير بلد التسليم، فلا يخلو أن يكون المسلم فيه عينًا أو غير عين، فإن كان عينًا، كان له أخذه منه حيث وجده، وإن كان غير عين، لم يكن له ذلك، وعليه أن يخرج إلى بلد التسليم، أو يوكل من ينوب عنه.

والفرق بينهما أن الدنانير والدراهم لا تختلف أسواقها، وهى أصول الأثمان وقيم المتلفات، فتساوت حالها فى البلاد والأزمان، والعروض تختلف أسواقها، وليست بأصول فى الأثمان، ولا قيم المتلفات، فتختلف قيمتها باختلاف البلاد والأزمان، فلم يلزم أن يسلمه، ولا أن يسلم منه بغير بلد السلم.

ولذلك من كان عليه دين من عين، جاز أن يعجله قبل أجله، ويلزم من هو له قبضه، ومن كان عليه دين من غير عين، لم يجز له أن يجعله قبل أجله إلا برضا من هو له، ومما يجرى مجرى الأجل فى بعض أحكامه موضع تسليم المسلم فيه.

قال القاضى أبو محمد: الأفضل أن يذكر موضع التسليم لزوال التخاصم بين المتبايعين، ويدخلان على معلوم من ذلك، فليس كل أحد يعلم حكمه. وفى كتاب محمد. ومن سلف، ولم يذكر موضع القضاء، لم يضره ذلك، وهذا مما لا يحتاج إلى ذكره.

ومعنى ذلك أن ذكره ليس بشرط فى صحة السلم. والدليل على ذلك أن إطلاق العقد يقتضى التسليم ببلد العقد كما يقتضى إطلاق البيع ذلك.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يخلو أن لا يذكرا موضع التسليم أو يذكراه، فإن لم يذكراه، لزم المسلم إليه، دفعه فى بلد عقد السلم، ولزم المسلم قبضه هناك لما ذكراه، فإن اختلفا فى أى موضع يكون التسليم منه، وقد شرطا بلد التسليم أو لم يشترطاه، ولزم ذلك لإطلاق العقد.

فإن كان لتلك السلعة سوق بذلك البلد، كان ذلك السوق موضع تسليمها؛ لأن ذلك أخص بقاع تلك البلدة بتلك السلعة، فإن لم يكن لها سوق، فإن السلم إليه يوفيه حيث شاء من ذلك البلد، قال ذلك ابن القاسم وابن المواز.

وقال سحنون: يوفيها بدار المسلم كان لها سوق أو لم يكن. وفى سماع عيسى عن ابن القاسم: أنهما إن أقرا أنهما لم يتخذا موضعًا، فإن القضاء يكون حيث قبضت الدراهم، فيحتمل أن يريد به موضع العقد، ويحتمل أن يريد به بلد النقد، والله أعلم وأحكم.

وجه القول الأول أن إطلاق العقد بمنزلة تعيين البلد، وتعيينه يقتضى تسليمه إليه بحيث يقع عليه اسم ذلك البلد كما أن إطلاق اسم الجودة يقتضى أن للمسلم إليه ما شاء مما يقع عليه ذلك الاسم على الإطلاق، وأيضًا فإن رأس المال لما كان محل دفعه موضع سوقه، ومعظم نفاذه، وموازينه كأنه نفس المسلم فيه يكون تسليمه بموضوع سوقه وأهل المعرفة بصفاته.

ووجه قول سحنون أنه لما كان على المسلم إليه إيصال المسلم فيه، اقتضى ذلك إيصاله إلى منزله كحمل الحطب والماء؛ لما كان على بائعه إيصاله، لزمه إيصاله إلى منزل المبتاع له.

مسألة: فإن ادعى أحدهما إطلاق العقد، وادّعى الثانى اشتراط موضع غير موضع المسلم، فالقول قول مدعى إطلاق العقد؛ لأن الثانى ادّعى خلاف مقتضى العقد، فلم يثبت له ذلك إلا ببينة.

مسألة: فإن اتفقا على أنهما شرطا موضعًا للقضاء، واختلفا فى تعيينه، فادّعى أحدهما موضوع عقد السلم، وادّعى الثانى غيره، فالقول قول مدعى موضوع السلم لموافقته مقتضى إطلاق العقد، وإن ادّعى كل واحد منهما ما لا يشبه أن يكون موضوعًا للقبض أحلفا، وفسخ بينهما، قاله ابن القاسم.

مسألة: ويجب أن يكون موضع القضاء محدودًا بحد يقرب كالفسطاط أو الفيوم أو الإسكندرية، وأما إن تباعدت أقطاره كمصر والشام والأندلس، فإن ذلك لا يجوز، قاله ابن القاسم.

وقال: إن مصر ما بين نجد إلى أسوان، وما كان بهذه المثابة من تباعد الأقطار، وتفاوت الأسفار؛ لتباعد ما لا يجوز أن يكون موضوعًا لقبض المسلم؛ لأن ذلك يعود لجهالة موضع القبض، وخطر الغرر فيه، وبالله التوفيق.

* * *

الباب الخامس أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل

وأما الشرط الخامس، وهو أن يكون المسلم فيه موجودًا حين الأجل، فلا خلاف أن ذلك شرط فى صحة السلم لأن حلول الأجل يقتضى تسليم المسلم فيه، فإذا كان معدومًا حين الأجل لم يصح السلم فيه، لأن من شرط صحة السلم والبيع، التمكن من التسليم.

مسألة: فإن حان الأجل وعدم المسلم فيه بجائحة استأصلته، أو غفلة من مسلمه حتى فات من أيدى الناس، فاختلف أصحابنا فى ذلك.

مسألة: وليس من شرطه أن يكون موجودًا حين العقد، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: إن من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودًا حين السلم.

والدليل على ما نقوله أنه وقت لا يستحق فيه التسليم، فلم يستحق وجود المسلم فيه. أصل ذلك الزمان الذى بين وقت العقد وانقضاء الأجل.

* * *

الباب السادس أن يكون الثمن نقدًا إلخ

وأما الشرط السادس، وهو أن يكون الثمن نقدًا أو فى حكم النقد، فإنه شرط فى صحة السلم؛ لأنه إذا كان متعلقا بالذمة، وتأخر المدة الطويلة، وكان المسلم فيه مؤجلاً إلى أجل بعيد وثمنه مؤجلاً فى الذمة إلى أجل بعيد، لم يجز ذلك؛ لأنه من الكالئ بالكالئ.

مسألة: وقبضه فى مجلس السلم أفضل، وليس بشرط فى صحة السلم، ويجوز أن يتأخر قبضه اليوم واليومين بالشرط خلافًا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما إن من شرط صحة السلم التقابض فى المجلس.

والدليل على ما نقوله أن التأخير فيه ليس بممنوع لمعنى فى العوض، وإنما هو ممنوع لمعنى فى العقد، لئلا يكون من الكالئ بالكالئ، والمسلم فيه من شرطه التأجيل والثمن من شرطه التعجيل، فكما لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس، ولا بتأخيره اليوم واليومين، ولا يكون له بذلك حكم الكالئ، فكذلك الثمن الذى من شرطه التعجيل لا يفسده التأخير عن مجلس القبض، ولا بتأخره اليوم واليومين، ولا يدخل بذلك فى حكم الكالئ.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالذى نص عليه أصحابنا أنه يجوز تأخره بشرط فى أصل العقد اليوم واليومين. وقال القاضى أبو محمد: لا أكثر من ذلك، ويجب أن يفصل ذلك، فعلى قولنا يجوز السلم إلى أجل يوم أو يومين لا يجوز تأخر رأس مال السلم هذا المقدار، وإنما يجب أن يكون قبضه بالشرط فى المجلس أو ما يقرب منه.

وإن قلنا السلم لا يجوز إلا إلى الأجل البعيد الذى تتغير فى مثله الأسواق، صح أن يقول بتأخير رأس مال السلم هذه المدة ليس من باب التأجيل، ولو كان له حكم التأجيل، لجاز تأخر المسلم فيه إليه.

مسألة: وأما تأخر رأس مال السلم من غير شرط إلى أجل السلم، فلا يخلو أن يكون عينًا أو غير عين، فإن كان عينًا، فاختلف فيه قول ابن القاسم، فقال مرة: يفسد السلم، ثم رجع عنه، وقال: لا يفسد السلم ما لم يكن شرطًا، وبه قال أشهب.

وجه القول بفساده؛ لأن ذلك ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين؛ لأن عملها إليه آل.

ووجه القول الثانى أن عقدهما سلم من الدين بالدين، وهـذا مما لا يفسده التفريق قبل القبض. وقال ابن وهب: إن تعمد أحدهما تأخير رأس المال، لم يفسد السلم، وإن لم يتعمده أحدهما فسد السلم.

ومعنى ذلك أن يكون أحدهما فرَّ؛ ليفسد السلم، فإذا وقع العقد صحيحًا، وتعلق به حق الآخر، لم يكن للثانى أن ينفرد بإفساده.

وهذا مبنى على قولنا أن الفار من الأداء فى الصرف لا يبطل الصرف، وإذا لم يفر أحدهما فقد رضيا بإفساده، فيجب أن يفسد.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يبطل العقد بتأخير رأس المال إذا كان عينًا إلى أجل، فبأن لا يبطل إذا كان عرضًا معينًا أولى وأحرى، لأنه خارج عن الدين بالدين، وإن قلنا إنه يبطل بذلك السلم، وكان رأس المال عرضًا معينًا، فلا يخلو أن يكون مما يغاب عليه كالثياب ونحوها أو مما لا يغاب عليه كالحيوان والدور.

فإن كان مما يغاب عليه، ففى المدونة أن مالكًا، كره ذلك. وقال ابن القاسم: إن وقع من غير شرط، لم يفسخ كالحيوان والدور، وإن كان مما لا يغاب عليه، ففى المدونة من قول مالك: إذا كان رأس المال فى السلم عبدًا، وتأخر الشهر من غير شرط، أنه جائز، وكان هذا من أحدهما، ولم يذكر كراهية.

وقال المتأخرون من أصحابنا: إن ذلك على ثلاثة أضرب، إذا كان عينًا بطل السلم، وإن كان عرضًا يغاب عليه، فالسلم مكروه، ولا يفسخ البيع، وإن كان مما لا يغاب عليه، فلا كراهيه فيه.

والفرق بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه فى ذلك أن ما يغاب عليه إذا تلف بغير بينة، فهو من المسلم ويفسد السلم، فإذا بقى بيده كان له الخيار بأن يدعى صناعة، ويبطل السلم متى شاء، وكره أن يبقى بيده مدة لا يصح الخيار فيها فى السلم، وأما ما لا يغاب عليه، فإنه من المسلم إليه، فهلاكه لا يؤدى إلى إبطال السلم، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا قلنا برواية ابن وهب، فإن كان المسلم هو الذى امتنع من القضاء، فالسلم إليه بالخيار بين أن يأخذ جميع مال السلم، أو ما بقى له منه، ويدفع جميع المسلم فيه، وبين أن يمتنع من قبض ما بقى له منه، ويدفع إليه ما كان دفع إليه منه، وإن كان المسلم إليه هو الذى امتنع من قبض رأس المال، لزمه عند ا لأجل قبضه، ودفع المسلم إليه فيه، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أنه إذا امتنع المسلم، فقد منع المسلم إليه من مقصوده من الانتفاع برأس مال السلم إلى أجله، ولهذا التأخير تأثير فى إبطال العقد، فصار ذلك المسلم إليه إن شاء أن يبطله أبطله، وإن شاء أن يمضه أمضاه وإن كان الامتناع من جهة المسلم إليه، فقد أبطل حقه من الانتفاع برأس المال، ولا مضرة فى ذلك على المسلم، فلم يكن لواحد منهما خيار فى فسخه.

فصل:وقوله: «**ما لم يكن في زرع لم يبد صلاحه، أو ثمر لم يبد صلاحه**» يريد أنه لا يجوز تعلق السلم بزرع لم يبد صلاحه، ولا بثمر لم يبد صلاحه، وذلك أن السلم على ضربين، مطلق فى الذمة، ومضاف إلى بلدة. فأما المطلق فى الذمة، فمثل أن يسلم إليه فى قمح أو تمر، ويصفه بصفة، ولا يشترط من تمر موضع من المواضع.

والثانى أن يضيفه إلى بلدة، فيقول من قمح مصر والشام، أو تمر صفراء، أو المدينة على ساكنها السلام، فهذا على ضربين، أحدهما: أن يضيق ذلك إلى موضع صغير لا يؤمن انقطاع ثمرته، فإنه لا يجوز ذلك على وجه السلم، ولا يجوز إلا على وجه البيع بعد أن يبدو صلاح ذلك الحائط، ومن شرطه أن يكون الحائط لبائع التمر.

مسألة: والثانى أن يضيف ذلك إلى موضع كبير كثير التمر والزرع يؤمن انقطاعه من أيدى الناس مثل وادى القرى وخيبر، فهذا يجوز عقد السلم فيه من أى وقت شاء بعد بدو صلاح الثمرة، وقبل ذلك لمن له فى ذلك الموضع زرع أو ثمر، ولمن ليس له فيه شىء.

والأصل فى ذلك، ما روى عبد الله بن أبى المجالد، سألت أبى أوفى عن السلف، فقال: كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى البر والشعير والتمر إلى قوم، لا ندرى أعندهم أم لا. وابن أبزى قال مثل، يعنى ذلك.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ سَلَّفَ فِي طَعَامٍ بِسِعْرٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَحَلَّ الأَجَلُ، فَلَمْ يَجِدِ الْمُبْتَاعُ عِنْدَ الْبَائِعِ وَفَاءً مِمَّا ابْتَاعَ مِنْهُ، فَأَقَالَهُ، فَإِنَّهُ لا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ إلا وَرِقَهُ أَوْ ذَهَبَهُ أَوِ الثَّمَنَ الَّذِى دَفَعَ إِلَيْهِ بِعَيْنِهِ، وَإِنَّهُ لا يَشْتَرِى مِنْهُ بِذَلِكَ الثَّمَنِ شَيْئًا حَتَّى يَقْبِضَهُ مِنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أَخَذَ غَيْرَ الثَّمَنِ الَّذِى دَفَعَ إِلَيْهِ أَوْ صَرَفَهُ فِى سِلْعَةٍ غَيْرِ الطَّعَامِ الَّذِى ابْتَاعَ مِنْهُ، فَهُوَ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى.

قال مالك: وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى(١).

الشرح: وهذا كما قال أن الإقالة فى الطعام لا تكون إلا بمثل رأس المال عقدًا وقضاء؛ لأنه إن كان بغير رأس المال خرج عن الإقالة إلى البيع الذى لا يجوز فى الطعام قبل استيفائه، وهو إذا عقد الإقالة بمثل رأس المال، ثم قبض منه غير ذلك من عرض أو طعام أو عين مخالف لرأس المال، فإن ذلك ممنوع للذريعة إلى بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه يتهم أن يكون ما أظهراه من العقد لغوًا، وقد باع الطعام قبل قبضه بعدما ابتاعه به، فخرج عن الإقالة إلى البيع الذى نهى عنه رسول الله ﷺ فى الطعام قبل استيفائه.

---

(١) اختلف الفقهاء فى الشراء برأس مال المسلم من المسلم إليه شيئا بعد الإقالة، فقول مالك ما وصفه في موطئه: لا يجوز حتى يقبض منه رأس ماله قبضا صحيحا. وهو قول أبى حنيفة، وأبى يوسف، ومحمد بن الحسن، إلا أن مالكا لا يرى غير الطعام فى ذلك كالطعام، وإذا تقايلا عنده فى غير الطعام، جاز أن يأخذ من الطعام برأس ماله ما شاء إذا خالف جنس ما تقايلا فيه، وتعجل ذلك ولا يؤخره. وكذلك جائز عنده أن يشترى منه من غيره من جنسه وغير جنسه، ويحيل عليه، وإذا تقايلا فى الطعام سلما كان أو غيره لم يجز له أن يأخذ منه برأس ماله شيئا من الأشياء، لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى.
وأما أبو حنيفة وأصحابه، فلا يجوز عندهم شىء من ذلك فى الطعام، ولا فى غيره من العروض كلها. وهو قول أحمد، وإسحاق، قالا: بيع السلم من بائعه ومن غيره قبل قبضه فاسدة. وحجتهم حديث عطية الكوفى، عن أبى سعيد الخدرى، قال: قال رسول الله ﷺ: «من سلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره. وما روى عن جماعة من السلف أنهم قالوا حين سئلوا عن ذلك: خذ ما سلمت فيه أو رأس مالك، ولا تأخذ غير ذلك. روى ذلك عن ابن عمر، والحسن، وعكرمة، وجابر بن زيد، وغيرهم. وحجة مالك قد أوضحها على مذهبه.
وقال الشافعى، والثورى، وزفر: لا بأس أن يشترى السلم إذا أقال من سلمه ما شاء برأس ماله من المسلم إليه ومن غيره قبل قبضه له؛ لأنه قد ملك واحد منهما بالإقالة البدل منها، فإذا ملك بالإقالة جاز له التصرف فيه، لأن العقد الأول قد بطل بالإقالة، ولا حجة لمخالفه فى حديث أبى سعيد الخدرى، وما كان مثله، لأنه لم يصرف ما سلم فيه فى غيره. ومعنى النهى عن ذلك عندهم هو بيع ما سلم فيه قبل استيفائه، فذلك هو صرفه.
قال أبو عمر: أصل هذه المسألة عند مالك وأصحابه الحكم بقطع الذرائع كان المسلم والمسلم إليه لما علما أن فسخ البيع فى شىء آخر لا يجوز، ذكر الإقالة ذكرا لا حقيقة له يستجيز بذلك صرف الطعام فى غيره، وذلك بيعه قبل استيفائه. وقد أجمعوا أنه لو لم يستقبل لم يجز له صرف رأس المال فى غيره، كما لا يجوز له صرف رأس ماله فى دراهم أو دنانير أكثر منها. انتهى.
وانظر هذه المسألة في: الاستذكار لابن عبد البر ٢٠/٢٤. وما بعدها.

مسألة: ومن ابتاع مطعومًا معينًا على الوزن أو الكيل، فأراد أن يأخذ مكانه قبل قبضه من غير جنسه، ففى كتاب محمد والمجموعة: أن ذلك غير جائز.

ووجه ذلك أنه باع ما عقد عليه من الطعام أولا بما أخذه آخرًا، قبل أن يستوفى.

مسألة: فإن أخذ نصفه على ما عقد عليه، وأراد أن يأخذ النصف الآخر من غير ذلك الجنس، ففى كتاب محمد عن أشهب، قال مالك: أرجو أن يكون خفيفًا. قال محمد: لا خير فيه، وهو سواء مثل الذى تقدم، ويحمل هذا أنه دفع إليه الثمن من غير إيجاب.

قال: وروى ابن القاسم عن مالك فيمن ابتاع بدينار قمحًا، ثم سأله أن يعطيه بنصفه عدسًا: أن ذلك لا يجوز. قال مالك: ومن اشترى بدراهم زيتًا، فلم تسعه بطته، فأراد أن يأخذ بما بقى طعامًا أو يرتجعه، فلا يعجبنى. ووجه ذلك ما يدخله من بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: وقوله: «**لا تنبغى الإقالة إلا أن يأخذ ذهبه، أو ورقه، أو ثمنه بعينه**» يحتمل أن يريد بقوله: «**ذهبه أو ورقه**» نفس ثمنه بعينه إن كان موجودًا عنده، على قولنا: إن الدنانير تتعين بالعقد، أو يكون الثمن تبرًا أو حليًا مصوغًا، فيتعين بالعقد، ولا يجوز فى الحلى أن يقيله إلا بنفس ما دفع، ويحتمل أن يريد بقوله: بذهبه أو ورقه من جنس ذلك، وسكته على قول أن الدنانير لا تتعين بالعقد.

وقد قال فى المدونة فيمن سلم إلى رجل دنانير فى طعام، فأقاله منه ودنانير فى يده، وشرط عليه أن يرد إليه تلك الدنانير بأعيانها أن للمسلم إليه أن يدفع إليه غيرها.

وقوله بعد ذلك: «**أو ثمنه بعينه**» يريد والله أعلم، أن يكون الثمن من غير العين كالعروض والطعام، فهذا لا تصح الإقالة إلا بنفس ذلك الثمن دون ما كان من جنسه؛ لأنه كله يؤدى إلى بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: وقوله:«**وأنه لا يشترى منه بذلك الثمن شيئًا حتى يقبضه**» يريد أنه إن عقد الإقالة بذلك الثمن، فلا يشترى منه به شيئًا؛ لأن ذلك ذريعة إلى أن تكون الإقالة به، فيكون بيع الطعام قبل استيفائه، وقد نهى عنه النبى ﷺ فيجوز أن يمنع كل ما كان فى معناه وذريعة إليه، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: فَإِنْ نَدِمَ الْمُشْتَرِى، فَقَالَ لِلْبَائِعِ: أَقِلْنِى وَأُنْظِرُكَ بِالثَّمَنِ الَّذِى دَفَعْتُ

إِلَيْكَ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ، وَأَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا حَلَّ الطَّعَامُ لِلْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ أَخَّرَ عَنْهُ حَقَّهُ عَلَى أَنْ يُقِيلَهُ، فَكَانَ ذَلِكَ بَيْعَ الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ الْمُشْتَرِىَ حِينَ حَلَّ الأَجَلُ، وَكَرِهَ الطَّعَامَ أَخَذَ بِهِ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِالإِقَالَةِ، وَإِنَّمَا الإِقَالَةُ مَا لَمْ يَزْدَدْ فِيهِ الْبَائِعُ، وَلا الْمُشْتَرِى فَإِذَا وَقَعَتْ فِيهِ الزِّيَادَةُ بِنَسِيئَةٍ إِلَى أَجَلٍ أَوْ بِشَىْءٍ يَزْدَادُهُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ أَوْ بِشَىْءٍ يَنْتَفِعُ بِهِ أَحَدُهُمَا، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِالإِقَالَةِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ الإِقَالَةُ إِذَا فَعَلا ذَلِكَ بَيْعًا، وَإِنَّمَا أُرْخِصَ فِي الإِقَالَةِ وَالشِّرْكِ وَالتَّوْلِيَةِ مَا لَمْ يَدْخُلْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ أَوْ نَظِرَةٌ، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ أَوْ نَظِرَةٌ، صَارَ بَيْعًا، يُحِلُّهُ مَا يُحِلُّ الْبَيْعَ، وَيُحَرِّمُهُ مَا يُحَرِّمُ الْبَيْعَ[1].

الشرح: وهذا كما قال أن الندم قد يلحق فى البيع والسلم البائع والمشترى، وتصح من كل واحد منهما الإقالة للرفق بصاحبه، ويصح منه طلب الربح أو النماء، ويصح منهما جميعًا ذلك فى عقد واحد بخلاف القرض، فإنه لا يصح أن يقع إلا على وجه الرفق من القرض للمقترض، إلا أن الأغلب من أحوال الإقالة رفق أحد المتقايلين بصاحبه، فلذلك حملت على أغلب أحوالها.

وقد قدمنا أن من شرط الإقالة أن تكون بمثل رأس المال، وعلى الوجه الذى عقد عليه البيع أو السلم؛ لأن معنى الإقالة أن يقيله مما ندم فيه، ويعيده إلى ما كان عليه قبل أن يعقد ما أوجب الندم، ولا يصح ذلك إلا بنقض ذلك العقد، ولذلك اختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: هو نقض بيع، وسيأتى ذكره، إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كان كان رأس المال بصريح الإقالة، فإن كان بغير تصريح مثل أن يدفع إليه دنانير مثل رأس المال المسلم، فيقول: اشتر بها طعامًا، فكله لى حين الأجل، ثم استوفه فى حقك، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: لا يصلح عند مالك، وقال بعد ذلك: إنه إذا أعطاه عند الأجل مثل دنانيره، فقال: اشتر بها طعامك، أنه لا بأس به.

---
(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٧.

قال ابن لبابة: إذا وقع إليه الدنانير، فقال: اشتر بها طعامك، فاكتله، ثم استوفه مما لك، لم يجز، وإن قال له: اشتر بها طعامك، جاز ذلك.

ووجه ذلك عندى أنه إذا قال: اكتله لى، لم يملكه الثمن، ولم تجز منه إقالة، ولا يجوز أن يكون رأس المال الذى عجل فى السلم يؤجل فى الإقالة لوجهين، أحدهما: أن الأجل له حصة من الثمن، لما قدمناه من أن المسلم إليه يطلب الارتفاق به إلى حلول السلم، فإذا تعجل فى السلم، وتأجل فى الإقالة، فقد زاد فى الإقالة، وذلك يمنع صحتها، ويغير موضوعها، وينقلها إلى البيع الذى هو ممنوع فى الطعام قبل الاستيفاء، ويدخله أيضًا وجه آخر من الفساد، وهو فسخ دين فى دين؛ لأن المسلم كان له فى ذمة المسلم إليه الطعام مؤجل، ففسخه فى غير مؤجل إلى أجل، وذلك غير جائز.

فصل: وقوله: «**فإذا وقعت الزيادة بنسيئة إلى أجل، أو بشىء يزداده أحدهما على صاحبه، وينتفع به فليس ذلك بإقالة**» بين ذلك أن النسيئة مما يزداده من أخذ وانسأله فى دفع ما عليه، والزيادة تغير ذلك، مثل أن يكون رأس المال عشرة دراهم، فيقيله على تسعة، فيكون البائع قد ازداد الإقالة درهمًا، أو يقيله بأحد عشر درهمًا، يزداد المبتاع من البائع درهمًا، وذلك كله لا يجوز؛ لأنه ليس بالإقالة، وإنما هو بيع الطعام قبل استيفائه.

فصل: «**وإن دفع إليه أكثر من دراهمه، فقال له: ابتع بهذا طعامك، لم يجز**» لأنه قد خرج لأجل الزيادة عن حكم الإقالة، وقد دفع إليه أقل من دراهمه، فقال له: ابتع بهذا طعامك، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز، وقال أشهب: يجوز.

وجه قول ابن القاسم أنه يؤدّى إلى الإقالة بأقل من الثمن، وذلك غير جائز.

ووجه قول أشهب أن هذا من باب الذريعة، وتبعد فيه التهمة، وبعد التهمة يمنع تأثير الذريعة.

قال مالك: مَنْ سَلَّفَ فِى حِنْطَةٍ شَامِيَّةٍ، فَلا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ مَحْمُولَةً بَعْدَ مَحِلِّ الأَجَلِ.

قال مالك: وَكَذَلِكَ مَنْ سَلَّفَ فِى صِنْفٍ مِنَ الأَصْنَافِ، فَلا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ خَيْرًا مِمَّا سَلَّفَ فِيهِ أَوْ أَدْنَى بَعْدَ مَحِلِّ الأَجَلِ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يُسَلِّفَ الرَّجُلُ فِى حِنْطَةٍ مَحْمُولَةٍ، فَلا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ شَعِيرًا أَوْ شَامِيَّةً، وَإِنْ سَلَّفَ فِى تَمْرٍ عَجْوَةٍ، فَلا بَأْسَ

أَنْ يَأْخُذَ صَيْحَانِيًّا أَوْ جَمْعًا، وَإِنْ سَلَّفَ فِي زَبِيبٍ أَحْمَرَ، فَلا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَ أَسْوَدَ إِذَا كَانَ ذَلِكَ كُلُّهُ بَعْدَ مَحِلِّ الأَجَلِ إِذَا كَانَتْ مَكِيلَةُ ذَلِكَ سَوَاءً بِمِثْلِ كَيْلِ مَا سَلَّفَ فِيهِ(١).

الشرح: وهذا كما قال أن من أسلم فى نوع من أنواع الطعام، فإنه لا بأس أن يأخذ عند الأجل نوعًا آخر من ذلك الجنس أو أدنى فى مثل كيله، فيأخذ من الحنطة الشعير والسلت بعضها من بعض وأنواع الذهب بعضه من بعض.

ووجه ذلك أن هذا من باب البدل، وليس من البيع، ولذلك جاز بدل الحنطة بالحنطة، وقصر على المماثلة، ولو كان من باب المبايعة لما قصر على المثل، وكذلك القرض، وإن كانت صورته معاوضة ، فليس من باب المبايعة؛ لأنه مقصور على المساواة والمماثلة، ولما كانت الحنطة والشعير من جنس واحد، كان بعضها من بعض مبادلة.

وتحرير ذلك أن كل ما يحرم التفاضل فيه يجوز أخذه بدلا منه كالنوع الواحد يأخذ منه أفضل مما له أو أدنى، وأما ما يحرم التفاضل فيه، فإنه لا يجوز أخذه عنه، فلا يأخذ تمرًا من قمح؛ لأنه من بيع الطعام قبل استيفائه، وإن كان من قرض دخله، بيع الطعام نساء.

مسألة: فإن أخذ منه أقل من ذلك الكيل أدنى نوعًا، مثل أخذ عشرة أرادب شعيرًا من عشرين أردبًا من حنطة، فقد قال محمد عن مالك: لا يجوز ذلك. ومعنى ذلك، والله اعلم، أن يأخذ عوضًا عن جميع القمح، ولو أخذ العشرة أقفزة، عن عشرة أقفزة قمحًا، ثم وهبها على ذلك من غير شرط.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة فيمن كان له مائة أردب تمرًا، فأخذ منه خمسين أردبًا محمولة: إن كان إنما صالح بها على وجه المبايعة، فلا يجوز، وإن كان إنما أخذ منه خمسين أردبًا محمولة، ثم حط عنه الثانى بغير شرط، فلا بأس به. وجوز ابن القاسم ما هو أشد منه، فمن كان له على أجل مائة أردب تمرًا، فلما حان الأجل أخذ منه خمسين أردبًا محمولة، ثم وهبه الباقى من غير شرط: أن ذلك لا بأس به، وهذا أشد وأقوى من [........](١)، وأرفع الجودة.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٩.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

مسألة: ولا يجوز قبل الأجل أن يأخذ منه إلا مثل ما له عليه في النوع والقدر؛ لأن ذلك يدخله بيع الطعام قبل استيفائه، وبيع الطعام بالطعام، كما لايجوز أن يأخذ قبل الأجل من نوعه أجود أو أدنى، ويجوز ذلك باتفاق عنده.

مسألة: ولا يجوز أن يأخذ من الذى عنده القرض أو السلم من غير ذلك النوع، مثل تلك المكيلة، وإن حل الأجل حتى [.........][2] قاله ابن القاسم، قال: لأنه يصير حوالة، والحوالة عند مالك بيع من البيوع.

ومعنى ذلك أن يحمل الذى له إلى الجنس الذى أخذه، وذلك بيع أحدهما، فيدخله فى القرض طعام بطعام من غير جنسه، وذلك غير جائز، ويدخله فى السلم مع ما ذكرناه بيع الطعام قبل استيفائه، وإنما جاز أن يؤخذ الورق من الذهب والذهب من الورق فى القرض والبيع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز أن يأخذ الحنطة من الشعير والسلت، ويأخذ بعضها من بعض، لأنها جنس واحد، ومن قال: إن العلس من جنسها يجب أن يكون الأخذ منها، ويأخذ أنواع التمر بعضها من بعض، وكذلك الزبيب، ويأخذ من نوع ما لا يستحيا من الطير نوعًا آخر على تحرى الوزن أكثر عددًا أو أقل عددًا؛ فإن كانت على العدد لم يجز إلا أن يكون من نوعه، رواه فى العتبية سحنون عن ابن القاسم.

ومعنى ذلك أن الطير يختلف قدره باختلاف نوعه، ويتفاوت، فلا يجوز بعضه عددًا، إذا كان معناه اللحم، وإنما يجوز على تحرى ما فيه من اللحم، والمساواة فيه على قول من أجاز التحرى فيه.

وأما إذا كان نوعًا واحدًا فإنه يتساوى؛ لأنه إنما يأخذ منه مثل الذى سلم إليه فيها قدرًا، وغير ذلك، وليس فيه شىء من البدل.

مسألة: ولا يأخذ الدقيق من الحنطة فى البيع، ولا بأس به فى القرض، قاله ابن القاسم وأشهب.

وجه ذلك على قول من لا يجيز بيع الدقيق بالحنطة لعدم التماثل بينهما. وأما على قول من يجيز ذلك، ويرى التماثل بالوزن، فلا يجوز الانتقال من مقدار إلى مقدار، وأما على قول من لا يرى التماثل فيهما إلا بالكيل، فمنع من ذلك فى مسألتنا.

* * *

---

(٢) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

- بيع الطعام بالطعام لا فضل بينهما

١٣٢٤ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ، قَالَ: فَنِيَ عَلَفُ حِمَارِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، فَقَالَ لِغُلامِهِ: خُذْ مِنْ حِنْطَةِ أَهْلِكَ فَابْتَعْ بِهَا شَعِيرًا وَلا تَأْخُذْ إِلا مِثْلَهُ.

١٣٢٥ - مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّهُ أَخْبَرَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الأَسْوَدِ بْنِ عَبْدِ يَغُوثَ فَنِيَ عَلَفُ دَابَّتِهِ، فَقَالَ لِغُلامِهِ: خُذْ مِنْ حِنْطَةِ أَهْلِكَ طَعَامًا، فَابْتَعْ بِهَا شَعِيرًا وَلا تَأْخُذْ إِلا مِثْلَهُ.

١٣٢٦ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنِ ابْنِ مُعَيْقِيبٍ الدَّوْسِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ(١).

قال مالك: وَهُوَ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**خذ من حنطة أهلك**» يحتمل أن يريد به أهل الغلام إذا كان قوتهم من عند سعد بن أبى وقاص، إما لأنهم رقيق له أو لأنهم ممن ينفق عليهم غلامه على ما يجب عليه أو على ما جرت به العادة، فأمره أن يأخذ منها على وجه الاقتراض حتى يعيد عليه مثل ذلك.

ويحتمل أن يريد بأهله أهل سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وهم موالى نفقته، ووصفهم بأنهم أهل للغلام بمعنى أنهم ممن يسعى عليهم وينضوى إليهم.

١٣٢٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٧.

وقال فى الاستذكار ٣١/٢٠: مذهب سعد بن أبى وقاص فى أن البر عنده، والسلت والشعير واحدٌ لا يجوز بيعه بعضه ببعض إلا مثل بمثل، يدًا بيد، ألا ترى حديث مالك فى باب ما يكره من بيع التمر عن عبد الله بن يزيد، عن زيد، أبى عياش أنه خبره أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت، فقال سعد: أيهما أفضل؟ قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك. والبيضاء: الشعير هاهنا معروف ذلك عند العرب بالحجاز، كما أن السمراء البر عندهم. وإلى مذهب سعد فى هذا ذهب مالك، وإياه اختار، وعليه أصحابه.

١٣٢٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٨.

١٣٢٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٠٩.

(١) قال فى الاستذكار: هكذا روى يحيى هذا الحديث فقال فيه: عن ابن معيقيب، وتابعه ابن بكير، وابن عفير. وأما القعنبى، وطائفة فإنهم قالوا: عن معيقيب.

فصل: وقوله: «**فابتع به شعيرًا**» يقتضى جواز بيع الحنطة بالشعير، وأنه إن كان حقيقة البدل، وهو أخص به إلا أن اسم البيع ينطلق عليه.

وقوله: «**ولا تأخذ إلا مثله**» يريد المثل فى المقدار؛ لأن المماثلة فى الصفات محال فى القمح والشعير، فلم يبق إلا المماثلة فى القدر، ونهيه عن أن لا يأخذ إلا مثله، دليل على تحريم التفاضل فيه عندهم؛ لأنه لا خلاف أن الحنطة أفضل من الشعير، وأنه لو جاز ذلك لوجدوا بالحنطة من الشعير أفضل من مكيلتها، فلم يذكروا ذلك، لأنه ممنوع عندهم، وهذا يقتضى أن الحنطة والشعير جنس واحد لا يجوز التفاضيل بينهما، وكذلك السلت عند مالك هو من جنسهما. وقال أبو حنيفة والشافعى: هى أجناس يجوز التفاضل فيها.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك ما قدمناه فى كتاب الزكاة من الدليل على أنها جنس واحد، وإذا ثبت أنها جنس واحد حرم فيها التفاضل.

ودليلنا أيضًا أنه مقتات تساوت منفعته، فوجب أن يحرم فيه التفاضل كما لو كان برًا كله أو شعيرًا كله. وقد اختلف أصحابنا فى العلس، وقد تقدم ذكره فى الزكاة.

مسألة: وأما الذرة والدخن والأرز، فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها. وروى زيد بن بشر عن عبد الله بن وهب أنه قال: الذرة والدخن والأرز جنس واحد لما يجوز التفاضل فى شىء من ذلك، وبه قال الليث.

وجه القول الأول انفصال بعضها فى المنبت والمحصد.

ووجه ثان، وهو اختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض، وذلك يدل على اختلاف منافعها، وأن بعضها لا يستحيل إلى بعض، وإنما يستدل على أن العينين من جنس واحد بعموم الاتخاذ لهما كالشعير والحنطة واستحالة أحدهما إلى الآخر كالحنطة والسلت. وجه الرواية الثانية تقارب المنافع المقصود منها.

مسألة: وأما القطنية، فاختلف قول مالك فيها، فمرة قال: إنها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها، ومرة قال: هى أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها، وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث، وهو الأظهر عندى لاختلافها فى الصورة والمنافع وعدم استحالة بعضها إلى بعض، واختصاص بعض البلاد ببعضها دون بعض.

فصل: وقول عبدالرحمن بن الأسود بن عبد يغوث: «**خذ من حنطة أهلك طعامًا**»

يقتضى أن مطلق اسم الطعام عندهم كان يقتضى الحنطة وأتى بذلك بعد ذكر الطعام لتغاير الأسماء.

وقوله وقول سعد وقول معقيب، رضى الله عنه: **«ولا تأخذ إلا مثله»** يقتضى النهى عن التفاضل بين الحنطة والشعير، ولا يعلم لهما فى ذلك مخالف من الصحابة إلا ما روى عن عبادة بن الصامت حديثًا مرفوعًا، وليس بالثابت مع ما يتحمل من التأويل، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنْ لا تُبَاعَ الْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ، وَلا التَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَلا الْحِنْطَةُ بِالتَّمْرِ، وَلا التَّمْرُ بِالزَّبِيبِ، وَلا الْحِنْطَةُ بِالزَّبِيبِ، وَلا شَىْءٌ مِنَ الطَّعَامِ كُلِّهِ إِلا يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ الأَجَلُ لَمْ يَصْلُحْ، وَكَانَ حَرَامًا، وَلا شَىْءَ مِنَ الأُدْمِ كُلِّهَا إِلا يَدًا بِيَدٍ(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه إلا يدًا بيد. والأصل فى ذلك أن هذا مطعوم، فلم يجز فيه التفرق القبض. أصل ذلك الجنس الواحد.

فإن قيل لم اختص تحريم التفاضل بالمقتات، وكان تحريم تأخير القبض فى جميع المطعوم، فالجواب أن تأخير القبض أوسع بابا فى المنع من التفاضل؛ لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير التقابض يتعلق بالجنسين، ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة، ولم يجز فيهما التفرق قبل القبض، وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل، وذلك لا يجوز عند الشافعى فى مبيع جملة، ولا يجوز عند أبى حنيفة فيما ينقل ويحول، وإن كان عندهما مما يجوز فيه التفاضل.

قال مالك: وَلا يُبَاعُ شىءٌ مِنَ الطَّعَامِ وَالأُدْمِ إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ، فَلا يُبَاعُ مُدُّ حِنْطَةٍ بِمُدَّىْ حِنْطَةٍ، وَلا مُدُّ تَمْرٍ بِمُدَّىْ تَمْرٍ، وَلا مُدُّ زَبِيبٍ بِمُدَّىْ زَبِيبٍ وَلا مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْحُبُوبِ، وَالأُدْمِ كُلِّهَا إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَدًا بِيَدٍ إِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْوَرِقِ بِالْوَرِقِ وَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ لا يَحِلُّ فِى شَىْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْفَضْلُ، وَلا يَحِلُّ إِلا مِثْلا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ(*).

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٤٠.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٤٠.

الشرح: وهذا كما قال أن ما كان شيئًا واحدًا من الطعام، يريد به الجنس الواحد، فإنه لا يجوز التفاضل فيه، وفي هذا بابان، أحدهما: في تبيين معنى الجنس. والثاني: في تبيين معنى المماثلة.

فأما الأول، فإن الجنس تارة يكون جنسًا منفردًا من الأصل يفارق غيره من الأجناس بنفسه كالتمر والعنب، وتارة يكون جنسًا بالصناعة كالخبز والخل الذي لا يفارق أصله، ويتغير عن جنسه بالصناعة والعمل، فأما ما يكون جنسًا بنفسه كالتمر على اختلاف أنواعه، فإنه جنس واحد والتين كله جنس واحد، حكى ابن المواز أنه لا يجوز التفاضل فيه، وإن كان منه ما ييبس ومنه ما لا ييبس، فإن حكم جميعه حكم غالبه، وهو أنه ييبس فلا يجوز التفاضل.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندي أنه جنس واحد على اختلاف أنواعه أبيضه وأسوده والعنب كله نوع واحد، وإن كان منه ما يزبب وما لا يزبب، فإنه لا يجوز التفاضل بين هذين النوعين ولا بين سائر أنواعه وزيتون الشام وزيتون مصر نوع واحد لا يجوز فيه التفاضل.

وإن كان زيتون مصر لا زيت فيه زيتون الشأم فيه الزيت ولبن الضأن والماعز والبقر والإبل جنس لا يجوز فيه التفاضل، وإن كان لبن الإبل لا زبد فيه ولبن سائر الإنعام فيه الزبد والأنيسون والشمار جنس واحد، وكذلك الكمونان جنس واحد، حكى ذلك الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم.

والأظهر عندي إذا قلنا إنها من الطعام أن تكون أجناسًا مختلفة منافعها وتباين الأغراض فيها، وإنها لا تتمازج في منبت ولا محصد، ولا يجزئ بعضها عن بعض في شيء ولا تتقارب في صورة، وإنما يجمعها اسم الكمون، وليس بظاهر في الكمون الأسود؛ لأن اسم الشونيز أظهر وأكثر استعمالاً.

مسألة: فأما الفلفل والكراويا وحب الكزبرة والقرفة والسنبل والقرطم والخردل فاجناس مختلفة، حكاه ابن المواز عن أصبغ، وحكاه في التوابل عن مالك، والثوم والبصل جنسان مختلفان، قاله ابن حبيب. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وأما تغير الجنس بالصناعة، فعلى ضربين، أحدهما: صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله. والثاني: صناعة تجمع بينه وبين ما ليس من أصله. فأما الأول، فإنه على قسمين قسم يكون بالنار، وقسم بغير نار.

فأما ما يكون بالنار، فإنه على وجهين، أحدهما: أن تنفرد الصناعة بتأثير النار دون إضافة شيء إليه، فما كان منه لا ينقص عبرة المصنوع فيما جرت عادته أن يعبر به من كيل أو وزن كقلى الحنطة والحمص والفول وسائر ما يقلى من الحبوب، فإنها لا ينقص كيل المغلى، وهو يعبر به، فهذا يغير الجنس، لأن عمل النار كالأمر الثابت فيه.

والمعنى المضاف إليه بخلاف شى اللحم وطبخه، فإنه ينقص من عين المشوى على وجه التخفيف وإذهاب إجزاء رطوبته كتزبيب العنب وتيبيس التمر والتين، فلا تغير الجنس.

مسألة: والوجه الثانى أن تكون الصناعة بالنار يقترن بها ما تتم الصناعة به من ملح وإبزار وزيت وخل ومرق وغير ذلك مما انضاف إليه منه ما تكون النهاية المعتادة من عمله وسمى صناعة كالإبزار والمرقة فى طبخ اللحم والماء والملح فى الخبز، فهذا يغير الجنس لمعنى واحد، وهو تغييره بالنار وبما يضاف إليه فى الأغلب من نهاية عمله.

فأما الخبز فلوجهين، أحدهما، أن الماء والملح هو النهاية من عمله فى الأغلب. والوجه الثانى أن النار لا تؤثر فيه نقصًا من وزنه دقيقًا. وأما طبخ اللحم بالماء والملح خاصة، فإنه لا يغير الجنس لأنه يؤثر فيه نقصًا، وليس بالغاية المعتادة من صناعة، فلم تكن صناعة فيه، ولا جنسًا مخصوصًا منه.

فرع: واختلاف ما يطبخ به ليس باختلاف جنس فيه كالقلية بالخل بالمرق والقلية بالعسل والقلية باللبن كل ذلك جنس واحد لا يختلف جنسه لاختلاف ما قلى به لأن المعتبر هو اللحم.

المسألة: وأما القسم الذى يكون تغيره بغير نار مما يتغير بطول المدة وينتقل إلى قلى الطعام الثابت له بنهاية النضج كتخلل العصير. وأما اعتبار طول المدة فلأنا إنما نراعى فى الجنس المنافع والمقاصد، فإذا بيع العصير بالعنب، وهو مما يمكن أن يصير عصيرًا من وقته أو فى مدة يسيرة، فالمقصود من العنب العصير فيدخله المزابنة والتفاضل فيما لا يحل التفاضل فيه.

وإذا بيع العنب بالخل والخل لا يتأتى من العنب إلا بعد مدة طويلة، فليس بمقصود من العنب كما لا يقصد الخل بشراء التمر، ولا يقصد التمر بشراء الخل، ويجوز التفاضل فيهما لبعد تغير، أحدهما إلى الآخر.

وأما اعتبار الطعام الثابت بنهاية النضج فلأنه غاية الثمرة والمطلوب منها، فلا يخرجها وجوده عن جنسها؛ لأنه من تمام جنسها والمحقق لها فيه.

وأما ما ينتقل إليه بعد ذلك مما هو ضد له كالحموضة والتخلل فى العصير، فإنه مغير للجنس؛ لأنه ليس من جنس العنب والتمر بسبيل بل يمنعه أن يستعمل على الوجه الذى يستعمل عليه مع وجود طعم للأصل، ويحدث فيه منفعة غيرها، وإنما نص مالك على خل التمر، ثم قاس ابن القاسم عليه خل العنب بالعنب فجوزه.

روى محمد عنه أنه قال: لا أدرى إن كان يطول كالتمر، فلا بأس به، فهذا يدل على تعلقه فى هذا الوجه بالطول دون الطعم. وقال المغيرة فى المدنية: لا يحل خل التمر بالتمر، ولا خل العنب بالعنب، ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب بالتمر، فلم يجعل لغير الطعم صناعة تغير الجنس.

وروى أبو زيد بن إبراهيم عن ابن الماجشون: إنما يجوز ذلك فى اليسير، ولا يجوز فى الكثير للمزابنة، وكذلك الدقيق بالقمح.

فرع: فإذا عللنا بالطول، فلا يصح خل التمر بنبيذه متفاضلاً، رواه فى العتبية يحيى عن ابن القاسم، وعلل بتقارب المنافع، ولعله أراد بتقارب انتقالها، وإلا فمنافعها وأغراضها متباينة، وكذلك لا يجوز خل التمر بنبيذ الزبيب. وأما إذا عللنا بما تقدم من الطعم واختلاف الأغراض، فإنه يجوز بيع الخل بالنبيذ متفاضلاً لما قدمناه.

وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: لا بأس بالفقاع بالقمح، وهذا لا يعلم فيه التساوى، وإنما يخرج عن طعم الأصل على هذا الوجه بتغير الجنس، وليس فيه تغير الطعم.

مسألة: وأما الضرب الثانى فى الصناعة التى تجمع بين الشىء وبين ما ليس من أجناسه فى الأصل، فهو أن تكون الصناعة تغير الأجناس وتصيرها جنسًا واحدًا لاختلاف منافع أصولها واتفاق الأغراض فيما تخرجه إليه الصناعة منها كخل التمر وخل العنب وخل العسل، فهذه أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وخلها كلها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه. زاد ابن القاسم فى المدنية: وكذلك كل خل اختلفت أصنافه أو لم تختلف، وقاله ابن نافع.

قال عيسى بن دينار: هذه الآخرة خطأ، ولذلك قلنا فى الإبل والبقر والغنم أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأغراض فيها، وأن لحومها وألبانها جنس واحد لاتفاق الأغراض فيها.

مسألة: وأما نبيذ التمر ونبيذ العنب، ففى كتاب أبى الفرج: منها صنفان. وفى المدونة عن مالك: أنها جنس واحد.

ووجه الرواية الأولى أنه لما كان التمر والعنب صنفين مختلفين، والانتباذ ليس بصناعة تغير الجنس، وجب أن يكون نبيذ أحدهما من غير جنس نبيذ الآخر لأنه يستحيل أن يكون نبيذ العنب من جنس نبيذ التمر ونبيذ التمر من جنس نبيذ العنب، ومع ذلك فيكون العنب من غير جنس التمر.

ووجه الرواية الثانية تساوى النبيذين فى الاسم والصورة والمنعة إلا أنه كان يجب على هذا أن يكون الانتباذ صنعة. وقد تقدم رواية أبى زيد عن ابن القاسم بتجويز الفقاع بالقمح، وهذا يقتضى كون الانتباذ صنعة، والله أعلم.

مسألة: وأما الخبز، فإنه من القمح والشعير والسلت جنس واحد، وقال أشهب فى كتاب محمد، فى خبز القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن: إنه صنف واحد، لا يجوز فيه التفاضل.

وأما خبز القطنية، ففى كتاب محمد عن ابن القاسم: أن ذلك أصناف مختلفة. وحكى عن أشهب: أنه صنف واحد.

وجه قول ابن القاسم أن الخبز ليس بمعتاد فيها، وإنما المعتاد فيها التأدم بها، ولذلك قاربت ما يختبز غالبًا من الذرة والدخن والأرز.

ووجه قول أشهب أن هذه حبوب تتخذ خبزًا، فإذا تقاربت منافع خبزها وجب أن تكون جنسًا واحدًا كالدخن والذرة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويصح عندى أن نبنى القولين على اختلاف قول مالك فى أصولهما من القطانى، هل هو جنس واحد أو أجناس مختلفة، وقد قال ابن القاسم: إن سويقها جنس واحد، لا يجوز التفاضل فيه، فالفرق بينه وبين خبزها أنها لا تتخذ خبزًا غالبًا، وتتخذ سويقًا غالبًا. وقال أشهب: إن خبز القطنية جنس مخالف لخبز القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز، والفرق بينهما أن هذه تتخذ خبزًا غالبًا، وهذه لا تتخذ فى الغالب خبزًا.

فرع: فإذا قلنا إن الخبز صنف يجوز التماثل فيه، فكيف يكون التماثل فيه؟ ذهب الجمهور من أصحابنا أن المراعى فيه تماثل الدقيق فى الخبزين من أصل واحد، وقاله

أصبغ فى هريسة القمح بالأرز المطبوخ، وهذا عندى على الإطلاق غير ظاهر، بل يجب أن يكون التماثل فيه بالوزن، ويعتبر بنفسه دون أصله؛ لأن الصنعة قد غيرته عن جنس أصله، فكيف يعتبر أصله، وهو يجوز التفاضل بينه وبين أصله.

ولو جاز هذا لما جاز بيع الرطب بالرطب؛ لاختلافهما حال الادخار، ولما جاز التمر بالتمر؛ لاختلافهما حال الإرطاب، أولا ختلافهما فى الجفوف، ولوجب أن لا يجوز بيع النبيذ بالنبيذ متساويًا على قولنا بوجوب التساوى فيه؛ لأنه لا يستطاع تحرى تمر كل واحد منهما، ولوجب مثل هذا فى الخل بالخل واللحم المطبوخ باللحم المطبوخ.

مسألة: وأما الطحن، فليس بمغير للجنس خلافًا لعبد العزيز بن أبى سلمة فى قوله: إنه يعتبر الجنس.

والدليل على صحة ما نقوله: أن الطحن ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء، وذلك لا يغير الجنس كفت الخبز.

فرع: فإذا قلنا إنه ليس يغير الجنس، فهل يجوز بيع الدقيق بالحنطة متساويًا؟ عن مالك فى ذلك روايتان، إحداهما: المنع، والأخرى: الإباحة.

اختلف أصحابنا فى توجيه الروايتين، فمنهم من قال: إنهما قولان على الإطلاق.

وجه المنع أن الطحن ليس بجنس، فوجب التماثل فيه بالكيل الذى يعتبر به وعلى تساويهما فى الصفة ومن كونهما قمحًا أو دقيقًا، وأما إذا اختلفا اختلافًا يوجب عدم العلم بتساويهما حال تساويهما فى الصفة، ومن كونهما قمحًا أو دقيقًا، فإنه لا يجوز ذلك فيهما كالزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج.

ووجه رواية الإباحة، أن الكيل معنى يعتبر به التماثل، فوجب أن لا يراعى فيه كثرة أجزاء المكيل وقلتها كالتمر الصغير بالتمر الكبير كيلاً.

ومن أصحابنا من قال: إن الروايتين إنما هما لاختلاف الحالتين، فيجوز على وجه ويمنع على وجه. واختلف القائلون بذلك فى وجه الإباحة، فقال: بعضهم: يجوز كيلاً لا وزنًا، ولا تحريًا، ومنهم من قال: يجوز وزنًا، ولا يجوز كيلاً.

ووجه اعتبار وزن المكيل أن التماثل فى الكيل لا يصح إلا بذلك، فإذا وصل إلى التماثل وجب أن يراعى، والله أعلم وأحكم.

ووجه اعتبار الوزن، أن المعنى المبيح لبيع المقتات بجنسه التماثل، فإذا تعذر مقداره انتقل إلى غيره كالتمر بالتمر المكيل.

* * *

الباب الثانى فى ما يقع التماثل به فى المقادير

أما ما يقع التماثل به فى المقادير، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون له مقدار فى الشرع. والثانى: أن لا يكون له مقدار فى الشرع، فأما ما كان له مقدار مشروع فكالكيل فى الحبوب؛ لأن النبى ﷺ ذكر الأوسق فى زكاة التمر وحكم الحبوب حكمها فى اعتبار نصب الزكاة، وكان الكيل مشروعًا فيها، وكذلك شرع فى إخراج زكاة الفطر، وشرع فى إخراج فدية الأذى، فلا يجوز على هذا شيء من الحبوب بجنسه بغير الكيل؛ لأن التماثل يعدم.

مسألة: وأما ما ليس له مقدار فى الشرع، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون له مقدار معتاد من الكيل أو الوزن. والثانى أن لا يكون له مقدار من أحدهما، فأما ما له مقدار معتاد منهما، فهو ينقسم قسمين، أحدهما: أن لا يختلف مقداره باختلاف البلاد. والثانى: أن يختلف باختلافها. فأما ما لا يختلف فمثل اللحم الذى يعتبر بالوزن فى كل بلد، وكذلك الخبز عبرته الوزن على كل حال، فهذا أيضًا لا يجوز التساوى فيه بمقدار غيره، فكذلك ما يعتبر بالكيل فى كل بلد من الحبوب المقتاتة.

مسألة: فأما ما يختلف حكمه وتقديره باختلاف عادات البلاد، فكالسمن واللبن والزيت والعسل الذى عادات بعض البلاد فيه الوزن، وبعضها الكيل.

مسألة: وأما الضرب الثانى، وهو ما لا يتقدر بكيل ولا وزن، فكالبيض والجوز عند من يجرى فيها الربا.

قال مالك: وَإِذَا اخْتَلَفَ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ، فَبَانَ اخْتِلافُهُ، فَلا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ مِنْ حِنْطَةٍ، وَصَاعٌ مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ مِنْ زَبِيبٍ، وَصَاعٌ مِنْ حِنْطَةٍ بِصَاعَيْنِ مِنْ سَمْسَمٍ فَإِذَا كَانَ الصِّنْفَانِ مِنْ هَذَا مُخْتَلِفَيْنِ، فَلا بَأْسَ بِاثْنَيْنِ مِنْهُ بِوَاحِدٍ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَ فِي ذَلِكَ الأَجَلُ فَلا يَحِلُّ.

قال مالك: وَلا تَحِلُّ صُبْرَةُ الْحِنْطَةِ بِصُبْرَةِ الْحِنْطَةِ، وَلا بَأْسَ بِصُبْرَةِ الْحِنْطَةِ بِصُبْرَةِ التَّمْرِ يَدًا بِيَدٍ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى الْحِنْطَةُ بِالتَّمْرِ جزَافًا.

قال مالك: وَكُلُّ مَا اخْتَلَفَ مِنَ الطَّعَامِ وَالأُدْمِ، فَبَانَ اخْتِلافُهُ، فَلا بَأْسَ أَنْ

يُشْتَرَى بَعْضُهُ بِبَعْضٍ جِزَافًا يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَهُ الأَجَلُ، فَلا خَيْرَ فِيهِ، وَإِنَّمَا اشْتِرَاءُ ذَلِكَ جِزَافًا كَاشْتِرَاءِ بَعْضِ ذَلِكَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ جِزَافًا.

قال مالك: وَذَلِكَ أَنَّكَ تَشْتَرِى الْحِنْطَةَ بِالْوَرِقِ جِزَافًا، وَالتَّمْرَ بِالذَّهَبِ جِزَافًا، فَهَذَا حَلالٌ لا بَأْسَ بِهِ(*).

الشرح: وهذا كما قال أن ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فتبين ذلك فيه، فهذا الذى يعبر عنه بأنهما جنسان مختلفان، فلا بأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر، وذلك كالحنطة والتمر لا بأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر، وكذلك سائر الأجناس المختلفة.

وقوله: «**فإن دخل ذلك الأجل فلا يحل**» يريد أنه وإن جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم، فلا يجوز الأجل بينهما متساويين ولا متفاضلين؛ لأن العلة فى منع ذلك التفرق قبل القبض فى المطعومين دون مراعاة جنس ولا مساواة.

مسألة: ومن اشترى من رجل ثوبًا بقفيز حنطة فدفع إليه الحنطة فأتلفها، ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرد إليه مثلها، جاز، وإنما يراعى فى ذلك المال أنه حنطة بحنطة إلى أجل لأن الغرض فى مثل هذا يضعف والتهمة تبعد، ومثل هذا يجوز فى القراض، وإنما بلغه حكم الذرائع حيث تتيقن التهمة أو تقوى، وكذلك لو باع منه قفيز حنطة بدراهم إلى أجل، فأقاله منه قبل الأجل أو بعده فرد إليه مثله جاز، ولا يجوز أن يرد إليه من غير نوعه؛ لأن ذلك طعام بطعام إلى أجل.

فصل: وقوله: «**لا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة**» وذلك قد يريد أن الصبرة مجهولة القدر، فإذا كان العوضان مجهولى القدر، لم يصح فيما يحرم فيه التفاضل؛ لأن الجهل بالتساوى فيه كالعلم بالتفاضل؛ لأنه عقد البيع على وجه لا يأمن التحريم فيه ومن شرط صحة العقد أن يعلم إباحته، فلا يجوز الجزاف فى يسيره ولا كثيره، فمتى عجز عن كيله بطلت المبادلة بخلاف الذهب فى الدنانير القائمة التى يجوز بدل الدينارين إذا كانا ناقصين بدينار أو دينارين وازنين؛ لأن للدنانير عبرة غير الوزن، وهو العدد فصح الرجوع إليه على وجه ما وأما الحنطة، فلا عبرة لها غير الكيل، فلا يجوز المبادلة فيها إلا به، ولا يلزم على هذا التحرى، فإنه لا يصح إلا فيما يصح فيه الوزن ومن جوزه فى المكيل، ففى قدر له كيل.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٤٢ - ٤٣.

فصل: وقوله: «**ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدًا بيد**».

ووجه ذلك أن التفاضل جائز بينهما وليس واحد منهما من جنس الآخر، فالجهل بالتساوى فيهما لا يمنع صحة البيع كما لا يمنعه العلم بالتفاضل، وليس هذا بمنزلة الجنس الواحد مما لا يجوز فيه التفاضل، فلا يجوز بعضه ببعض جزافًا مع تجويز التساوى والتفاضل؛ لأن الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما وتباين أمرهما لم تقصد المغابنة فى الكيل بينهما، ولا قصد كل واحد منهما أن يكون ما أخذ من الكيل أكثر مما أعطى؛ لأن له فى ذلك غرضًا غير الغبن فى القدر هو أبين منه وأظهر، وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ، وإذا كانا من جنس واحد وتقاربا، كان الأظهر أنه إنما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه فى القدر، وذلك من باب المخاطرة التى تمنع صحة البيع والمبادلة، فإذا تفاوتت المقادير حتى تبين أن أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما العدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه.

فصل: وقوله: «**وإنما ذلك لاشترائه بالذهب أو الورق جزافًا**» بمعنى أن اشتراء الحنطة بالتمر جزافًا لما كان من جنسين مختلفين جائز كاشتراء الحنطة جزافًا بالذهب، كان هذا لاخلاف فيه، فكذلك ما قسنا عليه.

قال مالك: وَمَنْ صَبَّرَ صُبْرَةَ طَعَامٍ، وَقَدْ عَلِمَ كَيْلَهَا ثُمَّ بَاعَهَا جِزَافًا، وَكَتَمَ عَلَى الْمُشْتَرِى كَيْلَهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ، فَإِنْ أَحَبَّ الْمُشْتَرِى أَنْ يَرُدَّ ذَلِكَ الطَّعَامَ عَلَى الْبَائِعِ رَدَّهُ بِمَا كَتَمَهُ كَيْلَهُ وَغَرَّهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا عَلِمَ الْبَائِعُ كَيْلَهُ وَعَدَدَهُ مِنَ الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ ثُمَّ بَاعَهُ جِزَافًا، وَلَمْ يَعْلَمِ الْمُشْتَرِى ذَلِكَ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِىَ إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَرُدَّ ذَلِكَ عَلَى الْبَائِعِ رَدَّهُ، وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ(*).

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٤٥، وقال: قد قال بقول مالك فى ذلك: الليث بن سعد، والأوزاعى, وروى ذلك عن ابن سيرين، وقد روى عن الأوزاعى أنه قال: إذا اشترى شيئًا مما يكال، وحمله إلى بلدًا يوزن فيه، لم يبعه جزافًا، وإن كان حيث حمله لا يكال ولا يوزن، فلا بأس به. وأما الشافعى وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثورى، والحسن بن حى، فقالوا: لا بأس أن يبيع طعامًا قد علم مقداره ممن لا يعلم مقداره. وقد روى ابن القاسم، عن مالك، أنه قال: جائز بيع القثاء ونحوه جزافًا وإن علم البائع عدده، ولم يعلم المشترى؛ لأن ذلك يختلف، ولك يجز ذلك فى الجزر، وما أشبهه، من المعدود. قال أبو عمر: ولا أعلم أصلا يحرم ذلك، وقد قال رسول الله ﷺ: «دعوا الناس يرزق بعضهم من بعض». وكل تجارة عن تراض لم يأت عن النبى ﷺ النهى=

الشرح: قوله: «**من صبر صبرة طعام فباعها جزافًا**» الصبرة من الطعام وغيره تباع على ضربين، أحدهما: أن تباع على الكيل مثل أن يقول: بعتك هذه الصبرة على أن فيها عشرة أرادب بعشرة دنانير، فهذا لا خلاف فى جوازه؛ لأنه إنما باعه منها هذا المقدار كل أردب بدينار، فإن وجد فيها أكثر من عشرة أرادب، فالبيع لم يتناول منها إلا عشرة أرادب وإن وجد فيها تسعة أرادب كان له من الثمن بقدر ذلك.

والثانى: أن يبيعها جزافًا على ما قال، وهو أن يقول: ابتعتك هذه الصبرة بعشرة دنانير، ومعنى ذلك أن العشرة دنانير ثمن لجميعها، وأن البيع قد تناول جميعها، ولم يبع على قدر ما يعتبر به زيادتها عليه أو بنقصها عنه، وهذا جائز عند مالك.

ووجه ذلك أن هذا مرئى يتأتى فيه الحزر، ويقل فيه الغرر، ولا يظهر فيه القصد إلى المخاطرة والمغابنة، فجاز بيعه جزافًا. وقال القاضى أبو محمد: يجوز الجزاف فى كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض فى مبلغه دون أعيانه ولا آحاده. وأما ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود مما الغرض فى أعيانه كالخيل والرقيق والثياب، فلا يجوز فيه الجزاف؛ لأن آحاده تحتاج إلى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله وسلامته من العيوب وقيمته فى نفسه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: إن الأترج والبطيخ المختلف المقادير يجوز بيعه جزافًا.

ووجه ذلك عندى أن يكون الغرض منه المبلغ خاصة، ولذلك يتأتى حزره. وأما لو اختلف ثمن صغيره وكبيره لوجب على طريقهم أن لا يجوز ذلك فيه. وأما إن عللنا الجواز برؤية جميعه، فهو جائز.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن لبيع الجزاف ثلاثة شروط، وقد ذكرنا واحدًا منها، وهو أن يكون المبيع يتأتى فيه الحزر. والثانى: أن لا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره. والثالث: أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره، ومبلغه على التحقيق.

فأما الشرط الأول فقد تقدم ذكره، ويجب أن يكون ذلك مرئيًا وأما الغائب الذى لم تتقدم رؤيته. أو الثابت فى الذمة، فلا يتأتى حزره، وقد فسره سحنون من قول ابن القاسم فى العتبية.

=عنها، ولا كانت فى معنى ما نهى عنه، فجائز بظاهر القرآن، ومن أبى من جواز ذلك جعله من باب الغش، والتدليس بالعيب.

ووجه ذلك أن الحزر لا يمكن إلا بالنظر إلى ما يجوز، فلا يصلح الجزاف فيه، ولذلك لا تصح من الأعمى شهادة فيه. وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك: لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة إلا مذارعة. وقال سحنون مثله.

مسألة: وأما الشرط الثالث: فإن معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق، فإن علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلومًا، فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع، فإن انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر وعقد البيع على ذلك، فقد دخل الغرر، فلا يجوز هذا العقد، رواه القعنبى عن مالك خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله ما روى عبيد الله بن عمر، عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر»(*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه باع جزافًا ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه، فلم يجز كما لو قال له: أبيعك ملء هذه الغرارة، وهو يعلم كيلها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن انعقد البيع على هذا، فإن ابن حبيب روى عن مالك أنه قال: يفسخ، ولا يلزم على هذا قول ابن القاسم فيمن باع عبدًا على الإباق، ولم يبين مقداره: أن البيع صحيح، وله الرد بالعيب إذا تبين له منه التفاوت. والفرق بينهما أن ذلك له مقدار يرجع إليه، ويطالب به وليس له فى مسألتنا مقدار يرجع إليه، ويعول المبتاع عليه.

ووجه آخر أن البيع فى الجزاف على اللزوم والرضا بالخطر وكتمان ما علم منه، وليس كذلك فى مسألة الإباق، فإنه لم يبن عليه بل المبتاع يسئل البائع عن قدر إباقه، ولو بنى معه على مثل ذلك فى اللزوم فى جميع أنواع الإباق، وكتمان ما قد علم منه لكان بمنزلة الجزاف فى فساد البيع.

فرع: فإن علم ذلك البيع، وكتم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع إن شاء.

والدليل على ذلك أن المشترى فى حوزه عشرة أقفزة، ولو علم بأنها ثمانية لما ابتاعه

(*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٥١٣. الترمذى حديث رقم ١٢٣٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٥١٨. أبو داود حديث رقم ٣٣٧٦. ابن ماجه حديث رقم ٢١٩٤. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٦٦٧، ٩٣٤٥، ٩٣٧٥، ١٠٠٦٢. الدارمى حديث رقم ٢٥٦٣.
وقال الترمذى: معنى بيع الحصاة أن يقول البائع للمشترى إذا نبذت إليك بالحصاة فقد وجب البيع فيما بينى وبينك، وهذا شبيه ببيع المنابذة وكان هذا من بيوع أهل الجاهلية.

بذلك الثمن، فإذا علم البائع بذلك فقد علم من عيب النقص ما لم يطلع عليه المشترى، فكان له رده عليه بذلك العيب، فإذا استوى علمهما فى ذلك كان بمنزلة أن يبيعه على البراءة، فلا يكون له الرد بعيب؛ لأنه قد ائتمنه على ذلك، ولا يمين عليه؛ لأنه ليس له مقدار ظاهر عول عليه، وإنما عول فى بيع البراءة على الصحة فكانت له اليمين عليه؛ لأنه قد تساوى علمهما فى عدم العيب.

مسألة: وهذا حكم ما جوزف بمقداره الذى هو أصل فى اعتباره كالكيل فى المكيل والوزن فى الموزون إذا لم يكن له معنى يعتبر به غير ذلك. فأما ما كان له معنيان يعتبر بهما، فبيع على أحدهما، وجوزف فى الآخر مع علم أحد المتبايعين بمقداره فيه، فإن ذلك لا يرد به، ولا يفسد به بيع كالدراهم التى تعتبر بالوزن والعدد، فبيعت فى بلد تجرى به على الوجهين بأحدهما.

مسألة: وأما المعدود، فإن كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبر، فحكمه حكم المكيل والموزون. وأما ما تختلف مقاديره وتتفاوت كالقثاء والبطيخ والأترج، فقد روى ابن وهب عن مالك فى المبسوط: بيعه ممن يعرف عدده جزافًا. قال ابن المواز: إذا عرف أحد المتبايعين عددهما أو غيره لم يجز بيعه جزافًا.

ووجه الرواية الأولى أن الغرض فى مبلغه دون عدده، فإذا انفرد بمعرفة عدده، فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه.

ووجه قول ابن المواز أن هذا بمعرفة ما يتقدر به المبيع فى البيع، فوجب أن لا يجوز كما لو انفرد بمعرفة كيل القمح.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد يكون الجزاف صبرة فى الأرض، ويكون إناء مملوء كالعدل المملوء قمحًا، والبيت المملوء تمرًا. فأما القسم الأول، فلا خلاف فى ثبوت حكم الجزاف له.

وأما القسم الثانى، فهل يكون جزافًا أو كيلا مجهولاً؟ اختلف أصحابنا فى مسائل على ذلك، فإذا قلنا إنه من باب الجزاف، فيجوز بيع العدل المملوء قمحًا، والبيت المملوء تمرًا إذا أمكن حزر المبيع وتقديره بمعرفة طول البيت وعرضه وارتفاعه وغلظ جدره.

وكذلك لو ابتاع منه سلة مملوءة عنبًا أو تينًا. وأما إن ابتاع منه ملء هذا العدل من القمح والعدل لا قمح فيه أو يملأ له هذا البيت تمرًا أو هذه القارورة ذهبًا أو هذه السلة

عنبًا، فإن ذلك غير جائز على هذا القول لأن هذا جزاف غير مرئى، والجزاف يجب أن يكون مرئيًا. وقد قال ابن القاسم فيمن اشترى من رجل قدر كيل هذه الصبرة من طعام: لا يجوز.

وروى أبو زيد عنه، جوازه فى سلة التين والعنب أن يشترى منه مثلها. وفرق بينهما وبين أعدال القمح بأن قال: كما يجوز السلم فى سلل التين ولا يجوز فى سلل القمح.

فالرواية الأولى مبنية على أن هذا من باب الجزاف، فلذلك لم يجز إلا مرئيًا. والرواية الثانية مبنية على أنه من باب الكيل المجهول، فذلك جاز فى العنب؛ لأنه ليس له فى الكيل قدر معروف، ولا يجوز فى القمح؛ لأن له فى الكيل قدرًا معروفًا، فالعدول عنه إلى غيره من الكيل المجهول من باب الغرر الذى يمنع صحة البيع، وقد جوز ذلك فى العدل المملوء من القمح، وذلك على أحد وجهين، إما على قولنا أنه صبرة، فلا يجوز أن يبيعه ملء هذا العدل لأنه من باب الكيل المجهول، وفيه القولان لابن القاسم على ما تقدم.

ولا خلاف على مذهب ابن القاسم أن من ابتاع طعامًا أو غيره مما له قدر بحيث للناس كيل معلوم ذلك الكيل: أنه لا يجوز، وإنما يجوز ذلك عنده فى التبن والعلف بحيث لا كيل للناس.

ووجه منعه القصد إلى الغرر للعدول عن المقادير المعروفة وابتياع صبرة غير مرئية.

فرع: فإن وقع، فهل يفسخ أم لا؟ قال أشهب: لا يفسخ. وقال غيره: يفسخ.

وجه قول أشهب أن هذا غير مجهول القدر، فلم يجز فسخه. أصل ذلك الصبرة. ووجه إيجاب الفسخ نهيه ﷺ عن بيع الغرر(*).

ومن جهة المعنى أنه يتعذر فيه الحزر، ويكثر فيه الغرر، فمنع صحة البيع. أصل ذلك الجزاف فى الثياب.

مسألة: وكل شىء له مقدار معروف، فلا يجوز بيعه بغيره، فلا يجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل؛ لأنه إذا لم يجز بغير الكيل المعروف، فبأن لا يجوز بغير الكيل أولى. فأما بيع المكيل عددًا بما يمكن ذلك كالرطب، فإن مالكًا يمنع منه، ورواه

(*) قد ورد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر، وبيع الحصاة فى حديث أبى هريرة السابق تخريجه. انظر: التخريج السابق.

أبو زيد عن ابن القاسم. وقال ابن وهب: لا بأس به إذا أجازه بصبرة بجميعه. وقال ابن القاسم: يجوز ذلك فى اليسير الذى لا يمكن فيه الكيل.

ووجه قول مالك أنه اعتبر المبيع بما لا يتقدر به، فوجب أن لا يصح كما لو بيع المكيل.

ووجه ما قاله ابن القاسم أنه لما لم يتأت فيه الكيل خرج عن أن يكون مكيلاً.

فصل: وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافًا، ولم يعلم المشترى ذلك يريد مما يجوز فيه الجزاف ليبين أن المعدود حكمه فى ذلك حكم المكيل، فإن علم عدده البائع فباعه جزافًا، ولا يعلم المشترى بعلمه لذلك، فإن ذلك كالعيب الذى للمبتاع الرد به أو الرضا به، ولا يفسد بذلك البيع.

ووجهه أن الذى يفسد البيع إنما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل، فيقدم فى ابتياعه على هذا الغرر، وهذا معلوم فى مسألتنا.

فصل: وقوله: «**ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك**» يريد عن كتمان علمه لما فيه من التدليس بما يوجب الخيار للبائع، ولو أعلمه أنه قد علم بذلك لما جاز له أن يبيعه منه جزافًا، وإنما كان يجوز له بيعه منه، ومن غيره بعد أن يعلمه بمقداره من الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والعدد فى المعدود فيبيعه على ذلك.

قال مالك: وَلا خَيْرَ فِي الْخُبْزِ قُرْصٍ بِقُرْصَيْنِ، وَلا عَظِيمٍ بِصَغِيرٍ، إِذَا كَانَ بَعْضُ ذَلِكَ أَكْثَرَ مِنْ بَعْضٍ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ يُتَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلا بِمِثْلٍ، فَلا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يُوزَنْ(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا خير فى قرص بقرصين عددًا ولا عظيم بصغير على الجزاف؛ لأن التساوى معدوم فيهما. وأما التحرى فيهما، فيصح إذا تحرى تساويهما.

ووجه ذلك على الظاهر من المذهب أن يتحرى ما فى كل واحد منهما من الدقيق

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٦/٢٠، وقال: هذا تحصيل مذهب مالك عند أكثر أصحابه، وقد روى عنه أن الخبز بالخبز فيه التفاضل، والتساوى، لأن الصناعة قد أخرجته عن أصل جنسه. ذكره ابن خواز بنداد، عن مالك. واختلف أصحابه فى خبز القطانى بعضه ببعض اختلافًا كثيرًا، ولم يختلفوا فى أن العجين بالعجين لا يجوز متفاضلاً، ولا متساويًا، وكذلك العجين بالدقيق عند أكثرهم.

إلا أن ظاهر هذا اللفظ يقتضى تحرى الخبز دون الدقيق؛ لأنه قال: فلا بأس بذلك، وإن لم يوزنا. وهذا إنما يستعمل فيما يصح أن يوزن ويكون الموزون أبين فى صحة العقد عليهما.

وإذا رأى غبنًا فى تحرى الدقيق لم يصح وزن ما فى القرصين من الدقيق بل ذلك أقعد فى صحة العقد؛ لأن تحرى ما فيهما من الدقيق يشق، ويكاد أن لا يصح، ولو كثر القول بهذا فى المذهب لكان عندى أصح، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما بيع الدقيق بالعجين تحريًا، فقد اختلف قول مالك فى بيع اللحم الطرى بالقديد والمشوى فجوزه أولا على التحرى، منع منه بكل وجه منع منه بكل وجه. فأما منع بيع أحدهما بالآخر على التساوى بالوزن، فلا يجوز؛ لأن ما فى أحدهما من الرطوبة قد عدمت فى الآخر، وذلك يمنع صحة التساوى فيهما كالرطب بالتمر. وأما بالتحرى، فإن التحرى يتعذر فى ذلك فى الأغلب، ولا يكاد يوصل إلى حقيقته كبيع الرطب بالتمر على التحرى.

قال مالك: لا يَصْلُحُ مُدُّ زُبْدٍ وَمُدُّ لَبَنٍ بِمُدَّىْ زُبْدٍ، وَهُوَ مِثْلُ الَّذِى وَصَفْنَا مِنَ التَّمْرِ الَّذِى يُبَاعُ صَاعَيْنِ مِنْ كَبِيسٍ وَصَاعًا مِنْ حَشَفٍ بِثَلاثَةِ أَصْوُعٍ مِنْ عَجْوَةٍ حِينَ قَالَ لِصَاحِبِهِ: إِنَّ صَاعَيْنِ مِنْ كَبِيسٍ بِثَلاثَةِ أَصْوُعٍ مِنَ الْعَجْوَةِ لا يَصْلُحُ، فَفَعَلَ ذَلِكَ لِيُجِيزَ بَيْعَهُ، وَإِنَّمَا جَعَلَ صَاحِبُ اللَّبَنِ اللَّبَنَ مَعَ زُبْدِهِ لِيَأْخُذَ فَضْلَ زُبْدِهِ عَلَى زُبْدِ صَاحِبِهِ حِينَ أَدْخَلَ مَعَهُ اللَّبَنَ(*).

قال مالك: وَالدَّقِيقُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلا بِمِثْلٍ لا بَأْسَ بِهِ، وَذَلِكَ لأَنَّهُ أَخْلَصَ الدَّقِيقَ فَبَاعَهُ بِالْحِنْطَةِ مِثْلا بِمِثْلٍ، وَلَوْ جَعَلَ نِصْفَ الْمُدِّ مِنْ دَقِيقٍ وَنِصْفَهُ مِنْ حِنْطَةٍ، فَبَاعَ ذَلِكَ بِمُدٍّ مِنْ حِنْطَةٍ كَانَ ذَلِكَ مِثْلَ الَّذِى وَصَفْنَا لا يَصْلُحُ لأَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٤٨، وقال: قول الشافعى فى ذلك كقول مالك. وأما أبو حنيفة، فجائز ذلك كله عنده؛ لأنه يجوز عنده مد لبن بمد لبن، ومد زبد بمد زبد، ويكون المد من الزبد بالمد من الزبد. وأما الشافعى، فلا يجوز عنده اللبن بالزبد بحال إذا كان من جنسه. والألبان عنده أجناس: لبن الغنم ماعزها، وضأنها صنف واحد، ولبن البقر غربيها، وجواميسها صنف، ولبن الإبل مهريها، وعرابها صنف، وإن اختلف الصنفان، فلا بأس به متفاضلاً، يدًا بيد. واختلف قوله فى اللحوم: فقال المزنى: الأولى به أن تكون أصنافًا كاللبن. وهو قول الكوفى.

فَضْلَ حِنْطَتِهِ الْجَيِّدَةِ حَتَّى جَعَلَ مَعَهَا الدَّقِيقَ فَهَذَا لا يَصْلُحُ(*).

الشرح: وهذا كما قال أن اللبن والزبد مما يحرم فيه التفاضل؛ لأن كل واحد منهما مقتات، ولأن السمن يدخر وهو منها، فلا يجوز لذلك بيع مدى زبد بمد زبد ومد لبن لأنه لا يعلم تساوى مدى الزبد مع ما فى اللبن من الزبد والزبد الذى معه والجهل بالتساوى فيما يجرى فيه الربا يمنع صحة العقد، فكيف وقد تبين فضل مدى الزبد على ما فى اللبن من الزبد وما معه من الزبد.

ويحرم أيضًا من وجه آخر، وهو أن يجرى فيه الربا، لا يجوز بيعه بأصله الذى فيه منه، فلا يجوز بيع الزبد باللبن، وهكذا كل ما يخرج من الحيوان مما يقتات ويدخر كالسمن والجبن والأقط، أو يكون منه ما يدخر كاللبن والزبد.

فأما يقتات منه ولا يدخر منه كالبيض، ففيه روايتان أشار إليهما فى المختصر، إحداهما: أنه يجرى فيها الربا. والثانية: لا يجرى فيها الربا، والروايتان مبنيتان على جريان الربا فى المقتات المدخر، فإذا قلنا إن الربا يجرى فيما يقتات ولا يدخر تعدى إلى البيض، وإذا قلنا لا يجرى الربا فى المقتات الذى لا يدخر، جاز فيها التفاضل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس وصاع حشف، فلا يجوز لما ذكرناه من أن الآخذ للكبيس قصد أن يأخذ أصوع عجوة بصاعين من كبيس لفضل الكبيس، فأعطى منها صاع حشف ليجيز البيع بذلك. وأصل ذلك أن ما يجرى فيه الربا إذا بيع بعضه ببعض، ولم تختلف صفاته، فإن المراعى فيه المساواة فى الكيل دون غيره؛ لأنه ليس فيه غرض آخر يختلف.

فإن اختلفت صفاته كالتمر الصيحانى بالعجوة والجيد بالردىء، وكان كل واحد من العوضين من جنس واحد، وعلى صفة واحدة، فإن المساواة فيه بالكيل أيضًا لأنه لا غرض فى بعض أحد العوضين دون بعض، فيتجوز فى بعضه لبعض، فيقتضى ذلك الاختلاف تقسيط العوض الآخر على أجزائه، وذلك علة الفساد فيه. فأما إذا كان جميعه على صفة واحدة، فقسطت عليه العوض الآخر لتساوت أجزاؤه فى التقسيط عليه.

مسألة: فإن اختلفت صفة أحد العوضين، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يكون

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٤٩.

بعضه أفضل من المنفرد وبعضه أدون منه. والثانى: أن يكون مع اختلاف جميع أجزائه أفضل من المنفرد أو أدون منه.

فأما الأول، فلا خلاف على المذهب أنه لا يجوز؛ لأن تقسيط أحد العوض على الآخر يقتضى التفاضل فى أجزائه، وذلك يمنع صحة البدل.

مسألة: وأما الضرب الثانى، فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز، وذلك مثل مد حنطة ومد شعير بمدى حنطة يكون المد الذى مع الشعير أدون من كل واحد من المدين. وقال ابن المواز: إن ذلك جائز.

وجه ما قاله ابن المواز أن كون أحد العوضين أدون أجزاء من العوضين الآخر تبيح فيهما المبادلة كالذهبين بالذهب يكون مع كل واحد من الذهبين أدون من الذهب المنفرد أو أجود، فإنه جائز.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن التقسيط فيهما مع اختلافهما يقتضى التفاضل بين أبعاض الآخر، وذلك يمنع صحة البدل، ويفارق مسألة الذهب بالذهب.

مسألة: فإن بادله مد حنطة ومد دقيق بمد حنطة ومد دقيق أو مد حنطة ومد شعير بمد حنطة ومد شعير، فالمشهور من مذهب مالك المنع، رواه عنه ابن القاسم، وجوزه ابن المواز، ووجه القولين ما تقدم.

مسألة: فأما إن كان مع أحد العوضين من غير جنسه مثل مد حنطة ومد تمر بمدى حنطة، فلا خلاف على المذهب نعلمه أنه لا يجوز، فإذا قلنا بقول ابن القاسم، فلا خلاف بينه وبين ما تقدم، وإذا قلنا بقول ابن المواز فالفرق بينهما [................](١).

* * *

جامع بيع الطعام

١٣٢٧ – قال مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِى مَرْيَمَ أَنَّهُ سَأَلَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ فَقَالَ: إِنِّى رَجُلٌ أَبْتَاعُ الطَّعَامَ يَكُونُ مِنَ الصُّكُوكِ بِالْجَارِ(١)، فَرُبَّمَا ابْتَعْتُ

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

١٣٢٧ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٠.

(١) قال فى الاستذكار ٢٠/٥١: قوله: يكون من الصكوك بالجار ليس عند القعنبى، ولا ابن=

مِنْهُ بِدِينَارٍ وَنِصْفِ دِرْهَمٍ فَأُعْطَى بِالنِّصْفِ طَعَامًا، فَقَالَ سَعِيدٌ: لا، وَلَكِنْ أَعْطِ أَنْتَ دِرْهَمًا وَخُذْ بَقِيَّتَهُ طَعَامًا.

الشرح: قوله: «**إنى أبتاع طعامًا يكون فى الصكوك بالجار**» يريد من الصكوك التى تخرج بالأعطية لأهلها على وجه الهبة والعطية المحصنة دون وجه من المعاوضة، فمنهم من يحتاج فيبيعها، فكان هذا يبتاعها ويتجر فيها بما ابتاع الجملة منها بدينار ونصف درهم إما لأنه اشترط على سعر ما، فأدى الحساب فى الجملة إلى دينار ونصف درهم.

وإما لأن العقد وقع بهذا العدد حين لم يجب البائع إلى البيع بدينار، ولا رضيه المبتاع بدينار ودرهم، فاتفقا على دينار ونصف درهم، وكانت الدراهم فى ذلك الوقت صحاحًا، فكان من استحق على آخر نصف درهم أخذ به عرضًا لعدم الإنصاف، فأراد محمد بن عبد الله بن أبى مريم أن يدفع طعامًا بنصف الدرهم، فنهاه عن ذلك سعيد بن المسيب رضى الله عنه.

وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يدفع إليه من ذلك الطعام بعينه. والثانى: أن يدفع إليه من غيره، فإن أعطاه من ذلك الطعام بعينه، فلا يخلو أن يقاضيه به قبل قبضه له أو يعطيه إياه بعد استيفائه، فإن أعطاه إياه قبل استيفائه، فقد حكى الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض القرويين: لا يجوز ذلك لأنه بيع الطعام قبل استيفائه إلا أن يعرفا الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم، فذلك جائز. قال أبو محمد: وإن أعطاه إياه بعد قبضه، ومغيب المبتاع عليه، وقال إنه منه، فلا يجوز له أن يعطيه طعامًا منه، ولا من غيره من جنسه ولا من جنسه.

ولفظ المدونة: يمنع من هذا التعليل الذى رواه أبو محمد؛ لأن مالكًا قال فى المدونة، بأثر قول ابن المسيب: وإنما كره له سعيد أن يعطى دينارًا ونصف درهم؛ لأن النصف درهم إنما هو طعام، فكره له أن يعطى دينارًا أو طعامًا بطعام.

قال مالك: ولو كان النصف درهم ورقًا أو غير الطعام، فما كان بذلك بأس، فإنما كرهه مالك من وجه التفاضل بين الطعامين من جنس واحد، ولم يذكر بيع الطعام قبل استيفائه.

=القاسم، ولا أكثر الرواة للموطأ، وإنما عندهم: إنى رجل أبتاع الطعام، فربما ابتعت منه، وهذا الحديث عند القعنبى عن مالك أنه بلغه أن رجلاً سأل سعيد بن المسيب، قال: إنى رجل أبتاع ليس فيه عنده.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى سماع أصبغ فى رجل اشترى بدينار قمحًا، فلما وجب البيع لم يجد إلا دينارًا ناقصًا، فأراد أن يضع بقدر النقصان، ويأخذ منه دينارًا ناقصًا، فكره ذلك مالك. وقال ابن حبيب، فيمن ابتاع بدينار لحمًا، فلم يجد إلا دينارًا ناقصًا، فقال له: خذ من اللحم بنصف الدينار، يدخله قبل القبض من الفساد أربعة أوجه، بيع الطعام قبل استيفائه، أو اقتضاء طعام من طعام، والتفاضل فى الطعام، والتفاضل فى الورق، ويدخل بعض القبض ذلك كله إلا بيع الطعام قبل استيفائه.

وفى كتاب ابن مزين إنما كرهه لأنه إذا أعطاه من تلك الحنطة قبل قبضها، فهو بيع الطعام قبل استيفائه، وإن أعطاه حنطة من غير تلك الحنطة لم يجز؛ لأنه دينار وحنطة بفضة، قال أبو محمد وابن القاسم: يجيز الإقالة فى الطعام قبل أن يفترقا، ولكن أرى العلة فى النهى عن ذلك أن لما أقاله من هذا الطعام حصة من الذهب والفضة، فأعطاه لما قايل من الذهب فضة قبل قبض الطعام، وأيضًا فإن ثمن ما يقيله منه لا يعرف إلا بالقيمة.

مسألة: وأما إذا استوفاه ثم رد عليه منه إلا بقدر نصف الدرهم، فقد قال الشيخ أبو محمد والشيخ أبو الحسن: إنه لا يجوز ذلك، ولا يصح فيه الإقالة؛ لأن الطعام الذى رد له حصة من الدينار، ومن النصف الدرهم، فلهذا لا يجوز أن يقيله منه بفضة.

قال أبو محمد عبد الحق: والأظهر أن هذا صواب؛ لأنه إنما يراعى هذا فى فساد الإقالة قبل قبضه. وأما بعد قبضه، فذلك؛ لأن بيعه حينئذ جائز، وقد قاله غير واحد، وهو جائز عندى.

وهذا الذى قاله أبو محمد صحيح من ذلك الوجه، غير أنه يدخله من منع الذرائع ما قدمناه مما قاله ابن حبيب، وهو ظاهر قول مالك، وما يقتضيه تعليله فى المدونة على ما قدمناه.

مسألة: ولو قبض الطعام، وغاب عليه، وأعطاه من جنسه، فلا يجوز أن يعطيه طعامًا منه بزعمه، ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه، قاله بعض القرويين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى فى ذلك بيع الطعام بالطعام، ومع أحدهما ذهب، وذلك غير جائز.

مسألة: وأما لو اعطاه من غير نوع القمح، فلا يخلو أن يعطيه من جنسه كالشعير والسلت أو من غير جنسه كالتمر والقطنية، فإن أعطاه بالنصف درهم من جنسه

كالشعير أو السلت قبل القبض لم يجز؛ لأنه شعير ودينار بحنطة، وذلك غير جائز، وإن كان أعطاه تمرًا أو زبيبًا جاز؛ لأنه يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة، فكأنه باعه حنطة بدينار وزبيب، وهذا يجوز إذا وجد التناجز والقبض قبل التفرق.

وأما إن أعطاه بعد قبضه وقبل أن يغيب عليه شعيرًا أو سلتًا، فلا يجوز ذلك، ولو أعطاه تمرًا أو زبيبًا لجاز. وأما إن غاب عليه، فلا يجوز شيء من ذلك؛ لأنه يقتضى من ثمن الطعام طعامًا، وبالله تعالى التوفيق.

١٣٢٨ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ سِيرِينَ كَانَ يَقُولُ: لا تَبِيعُوا الْحَبَّ فِي سُنْبُلِهِ حَتَّى يَبْيَضَّ(١).

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**لا تبيعوا الحب فى سنبله حتى يبيض**» من باب النهى عن بيع الحب قبل أن ييبس؛ لأن سنبله إذا ابيض، فقد يبس ما فيه من الحب، فأما وقت المنع من البيع، وهو حال إفراكه، فإن سنبله لم يبيض بعد. وفرق بينه وبين الثمرة أن الثمرة تباع إذا بدا صلاحها، وذلك أن كل شجرة يجوز بيع ثمرتها إذا بدا صلاحها، وإن لم تبلغ حد الادخار، وما لم يكن له ساق، فيكره ذلك فيه، إلا أن يبلغ حد الادخار، وقد تقدم القول فى ذلك.

قال مالك: مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا بِسِعْرٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ، قَالَ الَّذِى عَلَيْهِ الطَّعَامُ لِصَاحِبِهِ: لَيْسَ عِنْدِى طَعَامٌ، فَبِعْنِى الطَّعَامَ الَّذِى لَكَ عَلَيَّ إِلَى أَجَلٍ، فَيَقُولُ صَاحِبُ الطَّعَامِ: هَذَا لا يَصْلُحُ لأَنَّهُ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُسْتَوْفَى، فَيَقُولُ الَّذِى عَلَيْهِ الطَّعَامُ لِغَرِيمِهِ: فَبِعْنِى طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ حَتَّى أَقْضِيَكَ فَهَذَا لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْطِيهِ طَعَامًا ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَيْهِ، فَيَصِيرُ الذَّهَبُ الَّذِى

١٣٢٨ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٠٤/٥. ومعرفة السنن والآثار ١١١٩٦/٨. الشافعى فى الأم ٦٧/٣.

(١) قال فى الاستذكار ٥٣/٢٠: وهذا قد روى مرفوعًا مسندًا: أخبرنا عبد الله بن محمد، قال: أخبرنا محمد بن بكير، قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنى عبد الله بن محمد النفيلى، قال: حدثنى ابن علية، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهى، وعن السنبل حتى تبيض، ويأمن من العاهة، نهى البائع والمشترى.

الحديث أخرجه مسلم فى كتاب البيوع حديث رقم ١٥٣٥. أبو داود كتاب البيوع حديث رقم ٣٣٦٨.

أَعْطَاهُ ثَمَنَ الطَّعَامِ الَّذِى كَانَ لَهُ عَلَيْهِ وَيَصِيرُ الطَّعَامُ الَّذِى أَعْطَاهُ مُحَلَّلا فِيمَا بَيْنَهُمَا وَيَكُونُ ذَلِكَ إِذَا فَعَلاهُ بَيْعَ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى(١) .

الشرح: وهذا كما قال أن من كان له عليه طعام من سلم، فلما حل الأجل، قال: أشترى منك طعامًا أقضيك منه سلمك، فإنه لا يجوز أن يبيعه منه إلى أجل بمثل رأس مال السلم، ولا أقل منه ولا أكثر؛ لأنه يدخله، فسخ دين فى دين، لأنه كان له عليه طعام، يريد فسخه فى عين إلى أجل، وإن باع منه لم يجز بأكثر من الثمن الأول، ولا أقل منه لأنه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه، ولا بأس به بمثل رأس مال السلم؛ لأنه يؤول إلى الإقالة، وذلك جائز فى طعام السلم.

مسألة: وإن كان الطعام المؤجل من قرض لم يجز أن يبتاع منه طعامًا ليقضيه بثمن مؤجل؛ لأنه يؤول إلى فسخ دين فى دين، ويجوز أن يبتاعه منه بنقد؛ لأنه يؤول إلى بيع طعام القرض قبل استيفائه، وذلك جائز.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ ابْتَاعَهُ مِنْهُ وَلِغَرِيمِهِ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ مِثْلُ ذَلِكَ الطَّعَامِ، فَقَالَ الَّذِى عَلَيْهِ الطَّعَامُ لِغَرِيمِهِ: أُحِيلُكَ عَلَى غَرِيمٍ لِى عَلَيْهِ مِثْلُ الطَّعَامِ الَّذِى لَكَ عَلَىَّ بِطَعَامِكَ الَّذِى لَكَ عَلَىَّ(٢) .

قال مالك: إِنْ كَانَ الَّذِى عَلَيْهِ الطَّعَامُ إِنَّمَا هُوَ طَعَامٌ ابْتَاعَهُ، فَأَرَادَ أَنْ يُحِيلَ غَرِيمَهُ بِطَعَامٍ ابْتَاعَهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ، وَذَلِكَ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى، فَإِنْ كَانَ الطَّعَامُ سَلَفًا حَالا، فَلا بَأْسَ أَنْ يُحِيلَ بِهِ غَرِيمَهُ لأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعٍ وَلا يَحِلُّ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى لِنَهْىِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ قَدِ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لا بَأْسَ بِالشِّرْكِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالإِقَالَةِ فِى الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ(٣) .

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٥٨.

(٢) قال فى الاستذكار ٢٠/٦١: قوله فى أن الحوالة بالطعام إذا كان من بيع لا يجوز، وإذا كان من قرض جاز، فقد مضى القول بأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى من ابتاعه لا من ملكه بأى وجه كان؛ لأنه ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا، فلا يبيعه حتى يستوفيه»، أو قال: حتى يقبضه، فخص مبتاع الطعام بذلك؛ لأنه فى ضمان غيره، لا فى ضمانه، وجاز للوارث بيعه قبل أن يستوفيه؛ لأنه غير مضمون على غيره. وخالف الشافعى قول مالكًا فى القرض، فلم ير بيعه قبل قبضه؛ لأنه من ضمان المستقرض.

(٣) قال فى الاستذكار ٢٠/٦٢: قول مالك بأن أهل العلم قد أجمعوا أنه لا بأس بالشركة=

قال مالك: وَذَلِكَ أَنَّ أَهْلَ الْعِلْمِ أَنْزَلُوهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ[٤] وَلَمْ يُنْزِلُوهُ عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ، وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّجُلِ يُسَلِّفُ الدَّرَاهِمَ النُّقَّصَ فَيُقْضَى دَرَاهِمَ وَازِنَةً فِيهَا فَضْلٌ فَيَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ وَيَجُوزُ وَلَوِ اشْتَرَى مِنْهُ دَرَاهِمَ نُقَّصًا بِوَازِنَةٍ لَمْ يَحِلَّ ذَلِكَ، وَلَوِ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ حِينَ أَسْلَفَهُ وَازِنَةً وَإِنَّمَا أَعْطَاهُ نُقَّصًا لَمْ يَحِلَّ لَهُ ذَلِكَ.

قال مالك: وَمِمَّا يُشْبِهُ ذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمُزَابَنَةِ، وَأَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ، وَإِنَّمَا فُرِقَ بَيْنَ ذَلِكَ أَنَّ بَيْعَ الْمُزَابَنَةِ بَيْعٌ عَلَى وَجْهِ الْمُكَايَسَةِ وَالتِّجَارَةِ، وَأَنَّ بَيْعَ الْعَرَايَا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ لا مُكَايَسَةَ فِيهِ[٥] .

الشرح: وهذا كما قال أن من كان له على رجل طعام من ابتياع، وللرجل على آخر مثل طعامه من بيع لم يجز أن يحيله به؛ لأن البيعتين متواليتان في طعام واحد دون استيفاء، وليست الحوالة بفاصل بين البيعين، بل تؤكد معناهما، وتجمعهما في عين واحدة من الطعام، وذلك غير جائز.

ولو كان أحد الطعامين من قرض؛ لجاز ذلك، يجوز أن تحيل من له قبلك طعام من قرض على من لك عليه طعام من بيع، وتحيل من له طعام من بيع على من له عليه طعام من قرض، ولا يجوز لأحد هذين المحالين أن يبيع ما أحيل به قبل أن يستوفيه؛ لأن هذا البيع يتصل بالبيع الأول من المحال، أو المحال عليه قبل أن يستوفى في الطعام، وذلك غير جائز، وقد تقدم شرح ذلك إلى آخر الفصل بما يغنى عن إعادته.

قال مالك: وَلا يَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرِيَ رَجُلٌ طَعَامًا بِرُبُعٍ أَوْ ثُلُثٍ أَوْ كِسْرٍ مِنْ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ يُعْطَى بِذَلِكَ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ، وَلا بَأْسَ أَنْ يَبْتَاعَ الرَّجُلُ طَعَامًا بِكِسْرٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يُعْطَى دِرْهَمًا وَيَأْخُذُ بِمَا بَقِيَ لَهُ مِنْ دِرْهَمِهِ سِلْعَةً مِنَ السِّلَعِ لأَنَّهُ

=والتوالية، والإقالة في الطعام، إلى آخر كلامه. وأحسبه أراد أهل العلم في عصره، أو شيرخه الذين أخذ عنهم وأما سائر العلماء، فإنهم لا يجيزون الشركة، ولا التوالية في الطعام لمن ابتاعه قبل أن يقبضه، فإن الشركة، والتوالية بيع من البيوع. وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه.

(٤) قوله: أنزلوه على وجه المعروف؛ قال: المعروف عند غيره من العلماء ليس بمعارضة، ولا بدل في غيره، وإنما هو إحسان لا عوض منه إلا الشكر، والأجر. قاله في الاستذكار ٢٠/٦٣.

(٥) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٠/٦٠ - ٦١.

أَعْطَى الْكِسْرَ الَّذِى عَلَيْهِ فِضَّةً وَأَخَذَ بِبَقِيَّةِ دِرْهَمِهِ سِلْعَةً، فَهَذَا لا بَأْسَ بِهِ(*).

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لأحد أن يشترى طعامًا بكسر من درهم على أن يعطى بذلك طعامًا إلى أجل؛ لأنه يدخله الطعام بالطعام إلى أجل، وقد قدمنا أنه غير جائز، ولا يبيح ذلك ضرورة؛ لأن عنه مندوحة أن يدفع إليه الطعام به نقدًا أو يدفع إليه عند انقضاء الأجل درهمًا كاملاً، ويأخذ ببقيته ما شاء، ويجوز أن يشترى منه بكسر الدرهم طعامًا، ويدفع إليه درهمًا كاملاً ولا يدخل ذلك بيع وسلف؛ لأنهما لم يعقدا على ذلك.

فإن كان علما أن كسر الدرهم لا يوجد، ولا يمكن تسليمه إلا البائع يتوقع أن يقبض منه بقية درهمه، ما شاء متى شاء، أو يشاركه فيه، ولو عقدا البيع على أنه لا يكون للمبتاع بقية الدرهم نساء إلى أجل ما، لكان ذلك بيعًا وسلفًا ممنوعًا.

قال مالك: وَلا بَأْسَ أَنْ يَضَعَ الرَّجُلُ عِنْدَ الرَّجُلِ دِرْهَمًا ثُمَّ يَأْخُذُ مِنْهُ بِرُبُعٍ أَوْ بِثُلُثٍ أَوْ بِكِسْرٍ مَعْلُومٍ سِلْعَةً مَعْلُومَةً، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِى ذَلِكَ سِعْرٌ مَعْلُومٌ، وَقَالَ الرَّجُلُ: آخُذُ مِنْكَ بِسِعْرِ كُلِّ يَوْمٍ، فَهَذَا لا يَحِلُّ لأَنَّهُ غَرَرٌ يَقِلُّ مَرَّةً وَيَكْثُرُ مَرَّةً، وَلَمْ يَفْتَرِقَا عَلَى بَيْعٍ مَعْلُومٍ(*).

الشرح: وهذا كما قال أن الرجل يجوز له أن يضع عند الرجل درهمًا، ويأخذ منه ببعضه ما شاء، ويترك عنده الباقى، وذلك يكون على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يضعه عنده مهملا، وذلك جائز، وقد تقدم ذكره.

والثانى: أن يقول له: آخذ به منك كذا وكذا من التمر أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة ما، ويقدر ثمنها قدرًا ما، ويترك ذلك حالاً يأخذه متى شاء أو يؤقت له وقتًا ما، فهذا جائز، وقد تقدم ذكره.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٣/٢٠، وقال: قوله: يعطى بذلك طعامًا. يريد الكسر. كذلك رواه القعنبى. وهذا بين فى مذهبه واضح، لأنه اشترى منه ببعض درهم طعامًا قبضه على أن يعطيه عند الأجل بالكسر من الدراهم طعامًا، والدارهم لم يكن يتبعض عندهم ولا يجوز كسره عند أهل المدينة، فلم يدفعه، وشرط أن يعطيه فى ذلك الكسر طعامًا عند الأجل بهذا لا يجيزك أحدٌ؛ لأنه طعام بطعام إلى أجل، وذكر الكسر من الدرهم لا معنى له؛ لأنه قد شرط أن يعطيه فيه طعامًا عند الأجل، فكان ذكره لغوًا، وكان فى معنى الحيلة، أو الذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئةً.

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٥/٢٠.

والثالث: أن يترك عنده فى سلعة معينة أو غير معينة على أن يأخذ منها فى كل يوم بسعره، عقدا على ذلك يبيعها، فإن ذلك غير جائز؛ لأن ما عقدا عليه من الثمن مجهول، وذلك من الغرر الذى يمنع صحة البيع.

قال مالك: وَمَنْ بَاعَ طَعَامًا جزَافًا وَلَمْ يَسْتَثْنِ مِنْهُ شَيْئًا، ثُمَّ بَدَا لَهُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّهُ لا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْهُ شَيْئًا إلا مَا كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ مِنْهُ، وَذَلِكَ الثُّلُثُ فَمَا دُونَهُ، فَإِنْ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ صَارَ ذَلِكَ إِلَى الْمُزَابَنَةِ وَإِلَى مَا يُكْرَهُ، فَلا يَنْبَغِى لَهُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْهُ شَيْئًا إلا مَا كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنْهُ، وَلا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنْهُ إلا الثُّلُثَ، فَمَا دُونَهُ وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِى لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا(*).

الشرح: وهذا كما قال أن من باع طعامًا جزافًا ثم أراد أن يشترى منه مكيلة ما، فإنه لا يجوز له أن يشترى منه إلا بمقدار ما كان يجوز له أن يستثنى فى البيع، وذلك بمقدار الثلث، فأقل؛ لأنه إن استثنى منه أكثر من الثلث دخل الغرر المبيع وبعد عن الحزر والتحرى، فتلحقه الجهالة التى تفسد البيع، واستثنى مقدار الثلث، فأقل بيسير بإضافته إلى الجملة، فيتأتى حزر ما فيها وتحريه، فلذلك جوزناه، وأجرينا الابتياع بعد العقد هذا المجرى لئلا يتوصل به إلى استثناء ما لا يجوز استثناؤه، وهذا من استثناء المكيلة من الثمرة المبيعة فى رءوس الشجر، وقد تقدم ذكر ذلك وبيانه بما يغنى عن إعادته.

* * *

الحكرة والتربص

١٣٢٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لا حُكْرَةَ فِى سُوقِنَا، لا يَعْمِدُ رِجَالٌ بِأَيْدِيهِمْ فُضُولٌ مِنْ أَذْهَابٍ إِلَى رِزْقٍ مِنْ رِزْقِ اللَّهِ نَزَلَ بِسَاحَتِنَا،

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٦٥، وقال: أما قوله: وهذا الأمر الذى لا خلاف فيه عندنا، فإنه أراد أن الرجل إذا باع ثمر حائط له أن يستثنى منه ما بينه وبين ثلث التمر، لا يجاوز ذلك على ما ذكره فى باب ما يجوز فى استثناء التمر. وقال آخر: إنه الأمر المجتمع عليه عندهم. والصبرة عنده، والجزاف من الطعام كله كثمرة الحائط، سواءً فى بيع ذلك قبل قبضه كالعروض.

١٣٢٩ - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/٣٠. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٣.

فَيَحْتَكِرُونَهُ عَلَيْنَا، وَلَكِنْ أَيُّمَا جَالِبٍ جَلَبَ عَلَى عَمُودِ كَبِدِهِ فِي الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ، فَذَلِكَ ضَيْفُ عُمَرَ فَلْيَبِعْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ، وَلْيُمْسِكْ كَيْفَ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه: «**لا حكرة في سوقنا**» يريد المنع من الاحتكار في سوق المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام؛ لأن غالب أحوالها غلاء الأسعار وقلة الأقوات وضيقها على المتقوتين بها، وذلك يمنع الادخار لما فيه من التضييق على الناس في أقواتهم.

وفي هذا أربعة أبواب، أحدها: في بيان معنى الاحتكار وحكمه. والباب الثاني: في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادخار. والباب الثالث: في بيان ما يتعلق به في المنع من الاحتكار. والباب الرابع: في بيان من يمنع من الاحتكار.

* * *

الباب الأول في بيان معنى الاحتكار وحكمه

إن الاحتكار هو الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق. فأما الادخار للقوت، فليس من باب الاحتكار[1].

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن احتكار الأقوات وغيرها ليس بممنوع. روى ابن المواز عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء، قال: ما علمت فيه بنهي، ولا أعلم به بأسًا يحبس إذا شاء، ويبيعه إذا شاء، ويخرجه إلى بلد آخر. قيل لمالك: فمن يبتاع الطعام فيحب غلاءه، قال: ما من أحد يبتاع طعامًا أو غيره إلا ويحب غلاءه.

مسألة: ويتعلق المنع بمن يشترى في وقت الغلاء أكثر من مقدار قوته، وذلك أيضًا على ضربين، أحدهما: أن يكون من أهل موضع الابتياع أو غيره، فإن كان من أهل

---

(١) هكذا تعريف الاحتكار عند المالكية. وعرفه الحنفية بقولهم: الاحتكار لغة مصدر حكر أي حبس فهو احتباس الشيء انتظار لغلائه. وعرفه الشافعية بأنه: إمساك ما اشتراه وقت الغلاء، بأكثر مما اشتراه عند اشتداد الحاجة. وقال الحنابلة الاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط: أحدهما: أن يكون بطريق الشراء، لا الجلب. ثانيهما: أن يكون المشترى قوتًا أي من الحبوب المقتاتة ونحوها. ثلاثهما: أن يضيق على الناس بشرائه بأمرين: أحدهما: أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور. والثاني: أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيبادر ذوو الأموال لشرائها، ويضيقون على الناس، وعلى هذا لا فرق بين البلد الصغير والكبير. انظر: تبيين الحقائق ٢٧/٦. مغنى المحتاج ٣٨/٢. المغنى ٢٢١/٤. رد المحتار ٢٨٢/٥.

الموضع، فحكمه ما ذكرنا، وإن كان من غيره، فلا يخلو أن يشترى بالفسطاط للريف أو بالريف للفسطاط أو يشترى بموضع من الريف لغيره.

فإن اشترى بالفسطاط للريف، فلا يخلو أن يكون بالفسطاط كثيرًا فلا يضيق على أهله، أو قليلاً يضيق على أهله، فإن كان كثيرًا أو عند أهل الريف ما يغنيهم، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يمنعون ذلك.

ووجهه أن الفسطاط عمدة الإسلام ومجتمع الناس، فإذا تساوت حاله وحال الأطراف منع الانتقال منه، لأنه إذا فسد فسدت الأرياف والجهات، ولا تفسد الجهات مع صلاحه؛ لأن قيامها به.

مسألة: وإن كانت الحاجة بالريف والكثرة بالمصر جاز اقتيات أهل الأرياف منه بالإخراج إليهم؛ لأن جلب الطعام إلى المصر وادخاره بها إنما هو عدة للمصر وأريافه وجهاته، وإن كان بالمصر قليلاً يخاف من شراء أهل الأرياف له وإخراجه عنه مضرة منعوا من إخراجه لتساوى الحالين، فإن ابتاعوه وأكلوا بالمصر لم يمنعوا منه؛ لأنه لا يجوز إسلامهم للضر والهلكة، وإنما يمنعون من إضعاف المصر بإخراج الطعام منه؛ لأنه إذا لم يكن بد من إتلاف الجهتين كانت مراعاة بقاء المصر أولى.

* * *

الباب الثانى فى بيان معنى الوقت الذى يمنع فيه الادخار

إن لذلك حالتين، إحداهما: حال ضرورة وضيق، فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار ولا خلاف نعلمه فى ذلك. والثانية: حال كثرة وسعة، فههنا اختلف أصحابنا، فالذى رواه ابن القاسم عن مالك أنه لا يمنع فيها من احتكار شىء من الأشياء.

قال مالك: ومما يعيبه من مضى ويرون ظلمًا منع التجر إذا لم يكن مضر بالناس ولا بأسواقه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، أن احتكار الطعام يمنع فى كل وقت. فأما غير الطعام، فلا يمنع احتكاره إلا فى وقت الضرورة دون وقت السعة.

وجه ما رواه ابن القاسم أن يمنع فى وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة على غيرهم فى إباحتها، ولا منفعة لهم فى منعها، وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يمنعوا الشرب من الدجلة.

فرع: فإذا قلنا برواية مطرف وابن الماجشون، فإن جميع القطانى والحبوب التى هى للقوت والعلوفة يتعلق بها هذا المنع، وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتين وشبهها، فإن ذلك كله بمنزلة القمح، رواه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب.

* * *

الباب الثالث: وهو ما يمنع من احتكاره

فالذى رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك، أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه فى ذلك سواء، فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس.

ووجه ذلك أن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس، فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام.

* * *

الباب الرابع: فى بيان ما يمنع من الاحتكار

أما ما يمنع من الاحتكار، فإن الناس فى ذلك على ضربين، ضرب صار إليه بزراعته أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا من استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك ضرورة أو غيرها. روى ابن المواز عن مالك أنه قال: يبيع هذا متى شاء، ويمسك إذا شاء بالمدينة وغيرها.

مسألة: والضرب الثانى من صار إليه الطعام بابتياع بالبلد، فإن المنع به فى وقتين، أحدهما: أن يبتاعه فى وقت ضرورة، وقد قدمنا بيان ذلك. والثانى: أن يبتاعه فى وقت سعة وجواز الشراء، ثم تلحق الناس شدة وضرورة إلى الطعام، ففى كتاب ابن المواز: قيل لمالك: فإذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أيباع عليهم، قال: ما سمعته. وقال فى موضع آخر: فإذا كان فى البلد طعام مخزون واحتيج إليه للغلاء، فلا بأس أن يأمر الإمام بإخراجه إلى السوق فيباع.

ووجه ذلك أنه إنما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة.

مسألة: وإن احتكر شيئا من ذلك من لا يجوز له احتكاره، ففى كتاب ابن مزين عن عيسى بن دينار أنه قال: يتوب ويخرجه إلى السوق ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيئا.

ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة، فإذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولا حين ابتياعه إياه، فقد رجع عن فعله الممنوع منه.

مسألة: فإن أبى من ذلك، فقد قال ابن حبيب: يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن، فإن لم يعلم ثمنه، فبسعره يوم احتكاره.

ووجه ذلك أنه لما كان هذا الواجب عليه، فلم يفعله، أجبر عليه وصرف الحق إلى مستحقه.

فصل: وقوله: «**ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده فى الشتاء والصيف**» قال عيسى بن دينار: معناه جلب فى قلب الشتاء وشدة برده وقلب الصيف وشدة حره، فيلقى النصب فى سفره من الحر والبرد.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: إن معناه على ما يعتمد عليه من كبده، ويريد بذلك إن كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته، فأضاف كبدها إليه بحق ملكه لها واختصاصها به.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله**» يريد أن عمر يمنعه ممن أراد إجباره على البيع، وأضاف المشيئة إلى الله تعالى: ﴿**وما تشاؤون إلا أن يشاء الله**﴾ [الإنسان: ٣٠] فلا يشاء الجالب البيع والإمساك إلا أن يشاء الله تعالى.

١٣٣٠ – مَالِك، عَنْ يُونُسَ بْنِ يُوسُفَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِحَاطِبِ بْنِ أَبِى بَلْتَعَةَ، وَهُوَ يَبِيعُ زَبِيبًا لَهُ بِالسُّوقِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: إِمَّا أَنْ تَزِيدَ فِى السِّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تُرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا[1].

١٣٣٠ – أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٢٠٧/٨. ابن حزم فى المحلى ٤٠/٩. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٤.

(١) قال فى الاستذكار ٢٠/:٣١ أما الشافعى فروى عن الدراوردى، عن داود بن صالح التمار، عن القاسم بن محمد، عن عمر أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فذكر نحو حديث مالك: إما إن ترفع فى السعر، وإما أن تدخل زبيبك بيتك، فتبيعه كيف شئت، فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطبًا فى داره، فقال له عمر: إن الذى قلت ليس بعزيمة منى، ولا قضاء، وإنما هو شىء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت، وكيف شئت فبع. قال الشافعى: وليس هذا بخلاف لما رواه مالك، لأن مالكًا روى بعض الحديث، وهذا العصاة. قال الشافعى: والناس مسلطون على أحدٍ لهم، ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئًا منها بغير طيب أنفسهم إلا فى المواضع التى أوجب الله تعالى عليهم فيها الحقوق، وليس هذا منها.=

١٣٣١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ كَانَ يَنْهَى عَنِ الْحُكْرَةِ.

الشرح: قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه: «**إما أن تزيد فى السعر، وإما أن ترفع من سوقنا**» روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى ذلك أن حاطب بن أبى بلتعة كان يبيع دون سعر الناس، فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والتسعير على ضربين، أحدهما: هذا الذى ذكرناه من أن من حط من سعر الناس أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق.

وفى ذلك ثلاثة أبواب، أحدهما: فى تبيين السعر الذى يؤمر من حط عنه أن يلحق به. والباب الثانى: فى تبيين من يختص به ذلك من البائعين. والباب الثالث: فى تبيين ما يختص به ذلك من المبيعات.

* * *

الباب الأول: فى تبيين السعر الذى يؤمر من حط عنه أن يلحق به

والذى يختص به فى ذلك من السعر هو الذى عليه جمهور الناس، فإذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير بحط السعر أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع.

مسألة: فإن زاد فى السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع؛ لأن من باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات، وإنما يراعى فى ذلك حال الجمهور، ومعظم الناس. وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يقام الناس لخمسة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه يجب أن ينظر فى ذلك إلى قدر الأسواق، والله أعلم وأحكم.

* * *

=قال الشافعى: والحركة المكروهة فيما هو قوت، وعن الناس قوام لأبدانهم كالحنطة والشعير، وما كان مثلها عند عدمها، فلا يجوز لأحدٍ الحكرة فى حاجة الناس حتى لا يجدوا منه إلا ما يتبلغون به، فحينئذ لا ينبغى لأحد أن يخرج ذهبه، وورقه، فيزاحم الناس على شر الطعام ليحتكره، ويغلى على الناس أسعارهم، وليمنع من ذلك، ويؤدب عليه. وأما الفاكهة، والآدام كله، فلا بأس بحكرته فى كل وقت، وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت.

١٣٣١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٥.

الباب الثاني: في تبيين من يختص به من البائعين

لا خلاف فى أن ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه، وأما الجالب، ففى كتاب محمد: لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس. وقال ابن حبيب: لا يبيعون ما عدا القمح والشعير إلا بمثل سعر الناس، وإلا رفعوا كأهل الأسواق.

وجه ما فى كتاب محمد أن الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر ما يجلبه مع أن ما يجلبه ليس من أقوات البلد، وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه، فربما أدى التحجير عليه إلى قطع الميرة، والبائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر على العدول بها عنهم فى الأغلب، ولهذا فرقنا بينهما فى الحكرة وقت الضرورة.

ووجه ما قاله ابن حبيب أن هذا بائع فى السوق، فلم يكن له أن يحط عن سعره؛ لأن ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد. قال: فأما جالب القمح والشعير، فقال ابن حبيب: يبيع كيف شاء إلا أن لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق، وإن أرخص بعضهم تركوا، إن قل من حط السعر، وإن كثر المرخصون قيل لمن بقى إما أن تبيع كبيعهم، وإما أن ترفع.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان البائع للطعام من أهل السوق هل يمنع من بيعه فى دار بسعر السوق. وقال ابن حبيب: وينبغى فى الطعام أن يخرج إلى السوق كما جاء الحديث.

ووجه ذلك أن بيعه فى الدور إعزاز له، وسبب إلى غلائه وتطرق ليبيعه البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق إذا لم يعرف له ذلك فى السوق، فإن كان جالبًا، فليبيعه فى السوق أو فى الدار إن شاء على يده.

* * *

الباب الثالث: فيما يختص به ذلك من المبيعات

أما ما يختص به ذلك من المبيعات، فقال ابن حبيب: إن ذلك فى المكيل والموزون، مأكولاً كان أو غير مأكول، دون غيره من المبيعات التى لا تكال ولا توزن.

ووجه ذلك أن المكيل والموزون مما يرجع إلى المثل، فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه إلى المثل، وإنما يرجع فيه إلى القيمة، ويكثر اختلاف الأغراض فى أعيانه، فلما لم يكن متماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه

على سعر واحد، وهذا إذا كان المكيل والموزون متساويًا فى الجودة، فإذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد أن يبيعه بمثل سعر ما هو أدون؛ لأن الجودة لها حصة من الثمن كالمقدار.

مسألة: وأما الضرب الثانى من التسعير، فهو أن يحد لأهل السوق سعر ليبيعوا عليه، فلا يتجاوزونه، فهذا منع منه مالك، وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد، وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصارى.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية فى صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل ولحم الإبل نصف رطل وإلا خرجوا من السوق، قال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم، فلا بأس به، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق.

وجه القول الأول ما روى عن أبى هريرة أنه قال: «جاء رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، سعِّر لنا، فقال: بل ادعوا الله، ثم جاءه رجل، فقال: يا رسول الله، سعِّر لنا، فقال: بل الله يرفع ويخفض، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندى مظلمة»(*).

ومن جهة المعنى أن إجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكها لهم.

ووجه قول أشهب ما يجب من النظر فى مصالح العامة والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس على البيع، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، ولا يمنع البائع ربحًا ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس.

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، ففى ثلاثة أبواب، أحدها: فى صفة التسعير. والباب الثانى: فى ذكر من يسعِّر عليه. والباب الثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات.

* * *

الباب الأول: فى صفة التسعير

قال ابن حبيب: ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم

(*) أخرجه الترمذى حديث رقم ١٣١٤. أبو داود حديث رقم ٣٤٥١. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٠٠. أحمد فى المسند حديث رقم ١١٤٠٠، ١٣٦٤٣. الدارمى حديث رقم ٢٥٤٥.

استظهارًا على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون، وكيف يبيعون، فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به. قال: ولا يجبرون على التسعير، ولكن عن رضا، وعلى هذا أجازه من أجازه.

ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه، أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال الناس.

* * *

الباب الثاني: في ذكر من يسعِّر عليهم

أما من يسعر عليهم على هذا القول، فهم أهل الأسواق، وأما الجالب، فلا يسعر عليه شيء، إلا أن ما يجلبه على ضربين، أصل القوت، وهو القمح أو الشعير، فهذا لا يسعِّر عليه برضاه ولا بغير رضاه، وليبع كيف شاء وأمكنه إذا اتفقوا، قاله ابن حبيب، فإن اختلفوا فقد تقدم بيانه قبل هذا، والله الموفق للصواب.

مسألة: وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم، فهذا أيضًا لا يسعِّر على الجالب، ولا يقصد بالتسعير، ولكنه إذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له إما أن تلحق به، وإلا فاخرج عنه.

* * *

الباب الثالث: فيما يتعلق به التسعير من المبيعات

قال ابن حبيب: وهذا فيما عدا القطن والبر، ويجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون، وأما غيره، فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه، وقد تقدم معناه من قبل هذا.

* * *

ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه

١٣٣٢ - مَالِك، عَنْ صَالِحِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ حَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي

١٣٣٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٢/٦. ومعرفة السنن والآثار ١١٦٠٢/٨. عبد الرزاق في المصنف ٢٢/٨. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣١٦. المجموع ٤٥٤/٩. المغني

طَالِبٍ أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ بَاعَ جَمَلا لَهُ يُدْعَى عُصَيْفِيرًا بِعِشْرِينَ بَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ(١).

الشرح: قوله: «**باع جملاً يدعى عصيفيرًا بعشرين بعيرًا إلى أجل**» على ما قدمناه من بيع الجنس بعضه ببعض متفاضلاً إلى أجل، إذا تباينت الأغراض فيه وقدمنا من قبل أن الغرض من الإبل القوة على الحمل، فإذا كان هذا الجمل مشهورًا بالقوة على الحمل ما ينافيه غاية فى بابه، جاز بيعه إلى أجل بعشرين من جملة الإبل، ولا يخلو أن يباع واحد بعشرين إلا لأنه غاية فى بابه، وأن العشرين ليست فى الغرض المقصود منها متقدمة، وإنما هى من جملة حواشى الإبل التى لا توصف بذلك ولا تشارك فيه.

١٣٣٣ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اشْتَرَى رَاحِلَةً بِأَرْبَعَةِ أَبْعِرَةٍ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ يُوفِيهَا صَاحِبَهَا بِالرَّبَذَةِ.

الشرح: قوله: «**اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة**» الحديث يحتمل أن يكون جواز التفاضل فيها إلى أجل؛ لأن الراحلة التى أخذ غاية فى الحمل، والراحلة اسم واقع على الذكر والأنثى من الإبل، وكذلك البدنة، وقد تقدم ذلك فى كتاب الحج.

وأما قوله: «**يوفيه إياها بالربذة**» فإنه إذا عين موضع قضاء السلم، جاز ذلك، ولزم على ما قدمناه.

١٣٣٤ – مَالِك أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ شِهَابٍ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَقَالَ: لا بَأْسَ بِذَلِكَ.

٤/١١، ٢٧٨.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٨٠: هكذا هذا الخبر فى الموطأ عند جميع الرواة بالموطأ بهذا الإسناد. ورواه عبد الحميد بن سليمان، عن مالك، عن ابن شهاب، عن الحسن وعبد الله ابنى محمد بن على، عن أبيهما أن عليًا باع جملاً له يدعى عصيفيرًا بعشرين بعيرًا إلى أجل. فوهم فيه، وأخطأ. والصحيح فى إسناده ما فى الموطأ، وأما إسناد عبد الحميد، فإنما هو فى حديث تحريم المتعة ولحوم الحمر الأهلية، فاختلط عليه الإسناد، ولم يقمه.

١٣٣٣ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/٢٢. ومعرفة السنن والآثار ٨/١١٦٠٣. الشافعى فى الأم ٧/٢٥٦. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٧. ابن حزم فى المحلى ٨/٤٢٠. المجموع ٩/٤٥٤. شرح السنة ٨/٧٥.

١٣٣٤ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣١٨.

الشرح: قوله فى بيع الحيوان: «**اثنين بواحد لا بأس بـه**» يحتمـل أن يريـد بـه جنسـين مختلفين فى الخلقة والاسم، وهذا لا خلاف فى جوازه، ويحتمل أن يريـد بـه مـن جنـس واحد فى الخلقة والتسمية، ولكنهما يختلفان فـى المنفعـة المقصـودة مـن ذلـك الجنـس أو بالكبر والصغر، إن كان مما يختلف به، وقد تقدم بيانه قبل هذا.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِـالْجَمَلِ مِثْلِـهِ وَزِيَـادَةِ دَرَاهِمَ يَدًا بِيَدٍ، وَلا بَأْسَ بِالْجَمَلِ بِالْجَمَلِ مِثْلِهِ وَزِيَادَةِ دَرَاهِمَ، الْجَمَـلُ بِـالْجَمَلِ يَـدًا بِيَدٍ وَالدَّرَاهِمُ إِلَى أَجَلٍ. قَالَ: وَلا خَـيْرَ فِـى الْجَمَـلِ بِـالْجَمَلِ مِثْلِـهِ وَزِيَـادَةِ دَرَاهِـمَ، الدَّرَاهِمُ نَقْدًا وَالْجَمَلُ إِلَى أَجَـلٍ، وَإِنْ أَخَّـرْتَ الْجَمَـلَ وَالدَّرَاهِـمَ لا خَـيْرَ فِـى ذَلِـكَ أَيْضًا(١).

الشرح: وهذا كما قال أن ما يجـوز فيـه التفـاضل نقـدًا مـن غـير المقتـات والذهـب والفضة، ويحرم فيه التفاضل فيها، فإن من باع بعضه ببعض يدًا بيد، فلا يفسد ذلـك مـا

---

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٨٢ – ٨٣: لا ربـا عنـد مـالك، وأصحابـه فيمـا عـدا المطعوم والمشروب إذا ما كان، أو قوتًا، والذهب، والفضة إلا فيما دخل معناه الزيادة، والسلف، فإن الزيادة فى السلف ربا عند جميع العلماء إذا كان ذلك مسلوفًا معلومًا مقصودًا إليه مشـترطًا. وعند مالك: ما كان فى معنى ذلك، فله حكمـه، وإن لـم يشـترط ذلـك، ولا ذكـر إذا آل إليـه بالجمل بالجمل مثله، وزيادة دراهم، يدًا بيدٍ، ليس فيه شىء من معنى السلف والزيادة عليـه؛ لأن السلف بنسيئة أبدًا كان حالا، أو إلى أجـل، يـدًا بيـدٍ، فليـس فيـه شـىء مـن معنـى الزيـادة فـى السلف. وكذلك الجمل بالجمل يدًا بيدٍ، والدراهم إلى أجلٍ، لأن الجمل بـالجمل قـد حصـل يـدًا بيدٍ، بالجمل قد حصل يدًا بيدٍ، فيبطل أن يتوهم فيه السلف وعلم أنه بيـعٌ. ولا ربـا فـى الحيـوان بالحيوان من جهة البيع إلا ما ظن به أن فاعله قصد به استسلافه، والزيادة على المثـل فيـه لموضـع الأجـل، كمـا وصفنـا. وأمـا الجمـل بـالجمل مثلـه وزيـادة دراهـم: الدراهـم نقـدًا، والجمـل إلى أجل،فهذا لم يجز؛ لأنه جمل بجمل مثله فى صفته يأخذه إلى أجـلٍ، وزيـادة دراهـم، فصـار كأنـه أسلفه إياه قرضًا إلى أجل، على أن زاده دراهم معجلة. وكذلك لـو كـان الجمـل، والدراهـم إلى أجلٍ؛ لأنه كان استسلف الجمل على أن يرده إليه بصفته، ويرد معه إليه دراهـم لموضـع السـلف، فهذا سلفٌ جر منفعةً، وهى الزيادة على مثل ما أخذ المستسلف؛ هذا كله مذهب مالكٍ. ومعنـى قوله لأن الحيوان بالحيوان عنده لا يجوز فيه النسيئة إلا أن تختلف الأغراض فيه، والمنافع بالنجابـة، والفراهة، ونحو ذلك، وإنما المراعاة فى هذا الباب تأخير أحد الجملين، وسواءٌ كانت الدراهم نقدًا أو نسيئةٍ، لأنه إذا تأخر أحد الجملين صار جملا بجمل نسيئةً، وزيادة دراهم، فلا يجوز. وقـد قـال بقول مالك فى الجمل بالجمل: محمد بن سيرين، وقتادة.

كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس، نقدًا أو إلى أجل، بعد أن يتعجل المتجانسان، فإن تأجل شىء من جنسهما، لم يجز ذلك بوجه، وهذا عقد الباب.

ووجه ذلك أنه إذا لم يتأجل شىء من جنسهما؛ فقد سلما من السلف، فلا بأس بالزيادة، وإذا تأجل شىء من جنس ما تعجل فقد صار سلفًا. وازداد أحدهما فيه ما أفسد السلف.

قال مالك: وَلا بَأْسَ أَنْ يَبْتَاعَ الْبَعِيرَ النَّجِيبَ بِالْبَعِيرَيْنِ أَوْ بِالأَبْعِرَةِ مِنَ الْحَمُولَةِ مِنْ حَاشِيَةِ الإِبلِ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ نَعَمٍ وَاحِدَةٍ فَلا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ إِذَا اخْتَلَفَتْ فَبَانَ اخْتِلافُهَا، وَإِنْ أَشْبَهَ بَعْضُهَا بَعْضًا، وَاخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهَا أَوْ لَمْ تَخْتَلِفْ، فَلا يُؤْخَذُ مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

قال مالك: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يُؤْخَذَ الْبَعِيرُ بِالْبَعِيرَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا تَفَاضُلٌ فِى نَجَابَةٍ وَلا رِحْلَةٍ، فَإِذَا كَانَ هَذَا عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ، فَلا يُشْتَرَى مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَلا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ مِنْ غَيْرِ الَّذِى اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَنَهُ(*).

الشرح: قوله، رحمه الله: «**ولا بأس أن يباع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة**» ويحتمل أن يريد بالنجيب جنسًا من الإبل يختص بهذا الاسم وأكثرها يركب بالسروج؛ لأنها للمشى السريع، وليست للحمل، فهو نوع من الإبل يقال لها البخت كما يقال لغيرها الهجن، ويقال البخت والعراب.

ويحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوى على الحمل، كما يقال رجل نجيب، وفرس نجيب، إذا كان متقدمًا فى جنسه، فيكون هذا وصفًا لذلك الجمل دون وصف نوعه ولا جنسه، فالحمولة من الإبل، هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدر والنسل خاصة وحواشيها أدونها وليست بوصف المتقدم منها بأنه من الحواشى، وهذا أظهر فى قول مالك رحمه الله البعير الفاره النجيب القوى على الحمل المتناهى فيه بالبعيرين اللذين يحملان إلا أنهما من دون الإبل، وإن كان المعجل والمؤجل من نوع واحد.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ولا يجوز عندى أن يريد به النجيب من

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٨٤.

النوع؛ لأن ذلك ليس فى الأغلب مما يغلب عليه، فيوصف بأنه حمولة. وفى كتاب محمد بن المواز وابن حبيب: وأما الإبل، فما كان فيه النجابة والرحلة صنف، فجمع بين النجابة والرحلة وعدل عن ذكر الأنواع، ووصفها بالنجب والبخت والعراب والهجن.

قال ابن حبيب: والحمولة، وإن لم يكن لها فضل نجابة ولها فضل عمل تحمل القباب والمحامل يسلم فى حواشى الإبل، يريد أن يكون لها قوة على الحمل.

وإن لم تكن لها تلك النجابة فى خلقها كالفرس الجواد فى جريه، وإن لم يكن من عتاق الخيل فى صورته لكنه لو اجتمعت فى البعير حسن الخلقة والقوة على الحمل لكان أبين كالفصاحة فى العبد إذا اجتمعت مع التجارة كانت أبين، فإن انفردت الفصاحة لم يكن لها حكم وإن انفردت التجارة ثبت لها حكم، فكذلك النجابة والحمولة.

فصل: وقوله، رحمه الله: «**كانت من نعم واحدة**» يحتمل أن يريد به من قطيع واحد ومن نسل فحل واحد، ويحتمل أن يريد به وإن كان نوعها واحدًا، فإذا اختلفت بما ذكرناه من القوة على الحمل، فبان اختلافها، جاز أن يباع منها واحد باثنين إلى أجل لما ذكرناه من اختلافهما فى المنفعة المقصودة من الجنس.

فصل: وقوله، رحمه الله: «**وإن أشبه بعضها بعضًا، واختلفت أجناسها أو لم تختلف، فلا يؤخذ اثنان بواحد**» يريد أنها إذا اشتبهت فى المنفعة المقصودة وتقارنت فيها، وهى القوة على الحمل، فسواء كان جنسها واحدًا بأن تكون هجنًا كلها وعرابًا كلها أو بختًا كلها أو اختلفت أجناسها، فكان بعضها هجنًا وبعضها عرابًا أو على غير ذلك من الأجناس، فإنه لا يجوز منها واحد باثنين إلى أجل.

فصل: قوله: «**وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة**» يريد نهاية التساوى، وهو أن يكونا متساويين فى جنس الخلقة، ونوعها والصبر على طول السير والقوة على الحمولة، وهى الرحلة، وإنما أراد أن يبين علة منع التفاضل بأبلغ ذلك، وذكر رحمه الله كل ما له تأثير فى المنع من ذلك، وقد تقدم أن جنس الخلقة وتمامها مؤكد للقوة على الحمل كالفصاحة فى العبد مع التجارة.

قال: «**فإذا كان هذا على ما وصفت**» يريد من تساويهما فى المعنيين المذكورين،

«فلا يشترى واحد منه باثنين إلى أجل» يريد أن تساويهما واتفاق الأغراض فيهما يخرج ذلك عن حد البيع إلى حد الغرض الذى ينافى فى التفاضل.

فصل: وقوله: **«ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منه قبل استيفائه من غير الذى اشتريته منه إذا انتقدت ثمنه»** يريد أنه وإن كان مطعومًا بعد الزكاة، فإنه ليس حكمه حكم المطعومات فى المنع من بيعه قبل استيفائه على الكراهية فى الجزاف، وعلى التحريم فى المكيل والموزون، وما يثبت فى الذمة من الحيوان والعروض، فإنه يجوز بيعه قبل استيفائه.

وقوله: **«من غير الذى اشتريته منه»** تحقيق لمعنى البيع؛ لأنه قد يكون من بائعه منه على وجه الإقالة وربما كان الأغلب من معاملته فيه.

فصل: وقوله، رحمه الله: **«إذا انتقدت ثمنه»** يريد والله أعلم أن لا يبعه بدين، وذلك أنه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلاً أو غير مؤجل، فإن كان مؤجلاً لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره لأنه يدخله فى بيعه ممن هو عليه فسخ دين فى دين، ويدخله فى بيعه من غير الكالئ بالكالئ، وكلاهما يمنع صحة العقد، وهل يجوز أن يسلم فيه رأس مال السلم، ويسلم فى المسلم فيه، ولا يجوز على غير ذلك وسيأتى ذكره، إن شاء الله تعالى.

قال مالك: وَمَنْ سَلَّفَ فِى شَىْءٍ مِنَ الْحَيَوَانِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، فَوَصَفَهُ وَحَلاهُ وَنَقَدَ ثَمَنَهُ، فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَهُوَ لازِمٌ لِلْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعِ عَلَى مَا وَصَفَا وَحَلَّيَا، وَلَمْ يَزَلْ ذَلِكَ مِنْ عَمَلِ النَّاسِ الْجَائِزِ بَيْنَهُمْ، وَالَّذِى لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ بِبَلَدِنَا(*).

(*) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٩١، وقال: اختلف السلف، والخلف فى السلم فى الحيوان الموصوف. فقال مالك، والشافعى، والليث، والأوزاعى: السلف فى الحيوان الموصوف جائز كسائر الموصوفات. وهو قول عبد الله بن عمر. وقال الثورى، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: لا يجوز السلف فى الحيوان. وهو قول ابن مسعود، وعبد الرحمن ابن سمرة. قال أبو عمر: احتج من لم يجز السلف فى الحيوان بأنه لا يضبط ضبطًا صحيحًا بالصفة؛ لأن السن، واللون يتباينان تباينًا بعيدًا؛ لأن الفاره القوى يكون متقدمًا فى الثمن، والقيمة، والجودة، والفراهات، ونحو هذا فى سائر الحيوان. واحتج أهل الحجاز بأن الحيوان يثبت فى الذمة بالصفة بدليل ثبوت ذلك فى الذمة من الإبل كبنت مخاض، وبنت لبون، وجذعة، وحقة، وخلقةٍ، ومعلومٌ، أنها تختلف، وقد جاءت السنة فى الديات بثبوتها فى ذمة من وجبت عليه. واحتجوا أيضًا بأن رسول الله ﷺ بكرًا على إبل الصدقة. قال أبو عبد الله المروزى:=

الشرح: وهذا كما قال رحمه الله أن السلف فى الحيوان بالحلية والصفة جائز لازم، ويلزم المسلم إليه تلك الصفة عند انقضاء الأجل، ويلزم المسلم قبضها، فإن كرهها واستغلاها، فقد تقدم الاستدلال على صحة ذلك بما يغنى عن إعادته.

قال مالك: وعلى هذا أهل العلم ببلدنا، وإنما يخالف فى ذلك أهل العراق.

* * *

ما لا يجوز من بيع الحيوان

١٣٣٥ - مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ، وَكَانَ بَيْعًا يَتَبَايَعُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ، كَانَ الرَّجُلُ يَبْتَاعُ الْجَزُورَ إِلَى أَنْ تُنْتَجَ النَّاقَةُ ثُمَّ تُنْتَجَ الَّتِى فِى بَطْنِهَا[(١)].

الشرح: قوله: «**نهى عن بيع حبل الحبلة**»[(٢)] الحبل هو الحمل والحبلة الجنين، فكأنه

=حدثنى أبو قدامة، قال: سألت يحيى بن سعيد، وعبد الرحمن بن مهدى، عن السلم فى الحيوان؟ فقالا: لا بأس به واحتجا بحديث أبى رافع أن النبى ﷺ استسلف بكرًا.

١٣٣٥ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٣، السلم ٢٢٥٦، المناقب ٣٨٤٣. ومسلم فى البيوع ١٥١٤. والترمذى فى البيوع ١٢٢٩، ١٣٠٨. والنسائى فى البيوع ٤٦٢١، ٤٦٢٢، ٤٦٢٣، ٤٧٠٢، ٤٧٠٣، ٤٧٠٤. وأبو داود فى البيوع ٣٣٨٠، الطب ٣٨٧٨. وابن ماجه فى التجارات ٢١٩٧، ٢٢٠٦. وأحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٦، مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٧، ٤٥٦٨، ٤٦٢٦، ٥٢٨٥، ٥٤٤٣، ٥٤٧٦، ٥٨٢٧، ٦٢٧١، ٦٤٠١. والبيهقى ٣٤١/٥، عن ابن عمر. وأحمد ٥٦/١، عن ابن عمر. وذكره الهيثمى فى المجمع ١٠٤/٤، عن عبيد بن غفلة. وأبى نعيم فى الحلية ٣٥٢/٦، عن ابن عمر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١١٩/٨: قد جاء تفسير هذا الحديث كما ترى فى سياقه، وإن لم يكن تفسيره مرفوعًا فهو من قبل ابن عمر، وحسبك. وبهذا التأويل، قال مالك، والشافعى، وأصحابهما، وهو الأجل المجهول، ولا خلاف بين العلماء أن البيع إلى مثل هذا من الأجل لا يجوز، وقد جعل الله الأهلة مواقيت للناس، ونهى رسول الله ﷺ عن البيع إلى مثل هذا من الأجل. وأجمع المسلمون على ذلك، وكفى بهذا علمًا. وقال آخرون فى تأويل هذا الحديث: معناه بيع ولد الجنين الذى فى بطن الناقة. هذا قول أبى عبيد. قال أبو عبيد، عن ابن علية: هو نتاج النتاج وبهذا التأويل قال أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه. وقد فسر بعض أصحاب مالك هذا الحديث بمثل ذلك أيضا، وهو بيع أيضا مجتمع على أنه لا يجوز ولا يحل؛ لأنه بيع غرر مجهول وبيع ما لم يخلق، وقد أجمع العلماء على أن ذلك لا يجوز فى بيوع المسلمين.

(٢) «حبل الحبلة» بفتح الحاء والباء فيهما، ورواه بعضهم بسكون الباء فى الأول. قال القاضى=

باعه إلى أن ينقضى حمل الجنين الذى فى بطن الناقة ينتج، ثم تحمل فيحل البيع بانقضاء حمله، وذلك على ضربين، أحدهما: أن يكون الأجل يتقدر به. والثانى: أن يكون المبيع هو الجنين الثانى. فأما الأول، فلا يجوز لأن الأجل مقصود بالعقد، فيجب أن يكون معلومًا.

والذى يدخل الفساد فيه أمران، أحدهما: الجهالة به، والثانى: أن يكون بعيدًا يدخله الغرر لبعده. فأما الأول، فعلى ما ذكرناه من البيع إلى أن تنتج الناقة أو ينتج ما فى بطنها أو إلى قدوم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافًا متباينًا تختلف الأغراض باختلافه.

مسألة: وإن كان إلى أجل بعيد جدًا، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة يجوز شراء سلعة إلى عسرين سنة. وقال ابن القاسم فى الموازية: أنه جوز ذلك إلى عشر سنين وكرهه إلى عشرين سنة، قال: ولا أفسخه إلى ستين سنة أو تسعين سنة.

١٣٣٦ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ قَالَ: لا رِبَا فِى الْحَيَوَانِ، وَإِنَّمَا نُهِىَ مِنَ الْحَيَوَانِ عَنْ ثَلاثَةٍ: عَنِ الْمَضَامِينِ وَالْمَلاقِيحِ وَحَبَلِ الْحَبَلَةِ، وَالْمَضَامِينُ بَيْعُ مَا فِى بُطُونِ إِنَاثِ الإِبِلِ، وَالْمَلاقِيحُ بَيْعُ مَا فِى ظُهُورِ الْجِمَالِ.

الشرح: قوله: «**لا ربا فى الحيوان**» معناه والله أعلم، لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يدًا بيد على ما يثبت فى المدخر المقتات، وأنه يجوز فى الحيوان من التفاضل ما لا يجوز فى ذلك، ولذلك يقال علة الربا عندنا فى البر الاقتيات والادخار، وعند الشافعى الطعم، وعند أبى حنيفة الوزن والكيل، فصارت لفظة الربا مقصورة على هذا الحكم بعرف استعمال الفقهاء.

فصل: وقوله رضى الله عنه: «**وإنما نهى من الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل الحبلة**». وقال مالك، رحمه الله: «**المضامين ما فى بطون إناث الإبل والملاقيح ما فى ظهور الفحول**» وقال غير مالك: المضامين ما فى ظهور الفحول، والملاقيح ما فى بطون الإناث، والأول أظهر وأكثر، ولا خلاف بين الفقهاء فى الحكم أنه لا يجوز أن يباع ما فى بطن الناقة من جنين ولا ما فى ظهر هذا الفحل بمعنى أنه يحمله البائع على

=عياض والنووى: وهو غلط. قال أهل اللغة: الحبلة هنا جمع حابل ككاتب وكتبة، وتفسيره فى آخر الحديث من قول ابن عمر راوى الحديث. قاله السيوطى فى تنوير الحوالك ٢/٧٠.

١٣٣٦ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٢٠.

ناقته، فإذا أنتجته كان للمشترى ومن ذلك أيضا أن يعطيه ثمنًا على أن يحمل فحله على ناقة المشترى، فهذا أيضًا لا يجوز لما فيه من الغرر، وعليه يتأول مالك ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى عن عسيب الفحل(*).

وأما إذا استأجره على أن ينزيه على ناقته أكوامًا معدودة عددها يسير يمكن أن يتأتى منه فى وقت أو أوقات متقاربة، فلا بأس بذلك، لأن الفحل معلوم معين، والأكوام معلومة، فليس فيها شىء من الغرر ولا الجهالة.

قال مالك: لا يَنْبَغِى أَنْ يَشْتَرِىَ الرَّجُلُ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِعَيْنِهِ إِذَا كَانَ غَائِبًا عَنْهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ رَآهُ وَرَضِيَهُ عَلَى أَنْ يَنْقُدَ ثَمَنَهُ لا قَرِيبًا وَلا بَعِيدًا.

قال مالك: وَإِنَّمَا يُكْرَهُ ذَلِكَ لأَنَّ الْبَائِعَ يَنْتَفِعُ بِالثَّمَنِ، وَلا يُدْرَى هَلْ تُوجَدُ تِلْكَ السِّلْعَةُ عَلَى مَا رَآهَا الْمُبْتَاعُ أَمْ لا، فَلِذَلِكَ كُرِهَ ذَلِكَ وَلا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ مَضْمُونًا مَوْصُوفًا(١) .

الشرح: قوله: **«ولا يشترى الحيوان الغائب المعين بالنقد قريبًا ولا بعيدًا»** هذه رواية الموطأ. وروى عنه ابن عبد الحكم فى الحيوان خاصة، والذى روى عنه فى غير الموطأ فى المدونة وغيرها: أنه يجوز النقد فيما قرب دون ما بعد، فعلى هذا له روايتان فى القرب، إحداهما: أنه لا يجوز ذلك، وهى رواية الموطأ(٢).

(*) أخرجه النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٧٣، وابن ماجه حديث رقم ٢١٦٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٩١٠٨. الدارمى حديث رقم ٢٦٢٣، ٢٦٢٤.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠١/٢٠: أما بيع الحيوان الغائب، وغير الغائب أيضا عن العلماء فى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: قول مالك: إن ذلك جائز، فإن وجده على الصفة لزم فيه البيع، والشراء، ولا خيار للرؤية فى ذلك، إلا أن يشترط المشترى. والثانى: أن بيع الغائب على الصفة، وعلى غير الصفة جائز، وللمبتاع خيار الرؤية، فإذا رآه ورضيه تمت الصفقة، وصح البيع. هذا قول الكوفيين والشافعى. والثالث: أنه لا يجوز بيع الغائب على الصفة، ولا على غير الصفة، ولا يجوز إلا بيع عين مرئية، أو صفة مضمونة فى الذمة وهو السلم. هذا هو المشهور من قول الشافعى.

(٢) قال فى الاستذكار ١٠١/٢٠: أما النقد المذكور فى هذه المسألة، فإنما كرهه مالك؛ وقد ذكر الوجه الذى له كرهه؛ لأنه زعم أنه يدخل بيع وسلف. وقد اختلف أصحابه فى جواز النقد فى باب بيع الحيوان الغائب، وغير الحيوان. وذكر ابن المواز: عن ابن القاسم أنه قال: إن كانت الغيبة مثل البريد أو البريدين، فلا بأس بالنقد فيه. وقال أشهب لا بأس بالنقد فيه اليوم،=

ووجهه أنه مبيع غائب ينقل ويحول، فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة.

والرواية الثانية أنه يجوز. ووجهها أن ما قرب يقل فيه الغرر لقرب إمكان قبضه، وإن دخله نقص عرف وقت نقصه، فكان ذلك كالحاضر؛ لأنه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع، بل قد يجوز ذلك، والمبيع غائب فى دار البائع ومخزنه.

فرع: فإذا قلنا بالفرق بين القرب والبعد، فقد روى ابن المواز عن مالك: يجوز النقد فيما كان على البريد والبريدين، ثم رجع، فقال: على اليوم ونحوه، ويجوز على مسيرة اليوم واليومين، وبه قال أشهب وابن القاسم.

وروى ابن القاسم عن مالك فى الحيوان خاصة البريدين. وروى ابن وهب عنه: لا ينقد فى الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جدًا.

مسألة: والبيع بالرؤية المتقدمة على وجهين، أحدهما أن يقع على الإطلاق. والثانى: أن يشترط البائع أن المبيع على الصفة التى كان عليها حين رآه المبتاع. فأما الأولى، فإنه لا يجوز ذلك إلا فى مدة لا يكاد المبيع يتغير فيها غالبًا، هذا قول ابن القاسم.

وأما مالك رحمه الله فلم يفرق فى قوله وإنما قال: يجوز البيع برؤية متقدمة، وهذا الذى قاله ابن القاسم لا يجب أن يعتبر به لأن المبيع قد يتغير فى طول المدة عما عرفه عليه المبتاع، فإذا كان هذا الغالب من حاله حمل عليه: قال ابن القاسم فى المدونة: أن تقادم تقادما يتغير فيه فالصفقة فاسدة. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: وإن شرط البائع أنها على ما كانت عليه يوم الرؤية، ففى المدونة أن العشرة أعوام مما تتغير فيها السلع فلا تباع إلا بشرط أنها على ما كانت عليه، وذلك فيما يبقى على حاله فى مثل هذه المدة كالثياب، ولا يمكن هذا فى الحيوان لأن سنه يتغير وقال

=واليومين كان حيوانًا، أو طعاما. قال أشهب: لا بأس به. وإن كان بعيدًا لم يجز النقد فيه كان المبيع ضارًا، أو ما كان من شيء. وروى ابن القاسم، عن مالك أنه قال: لا بأس بالنقد فى الدور، والعقار كله؛ لأنه مأمون. وروى أشهب عن مالك مثل ذلك، وخالفه، فلم ير النقد فى شيء منه. وأجاز ابن القاسم النقد فى المبيع على الصفة طعامًا كان أو غيره إذا كان على اليوم واليومين. قال أبو عمر: إنما كره مالك النقد فى الحيوان الغائب؛ لأن الحيوان يسرع إليه التغيير ما لا يسرع إلى غير الحيوان، فكان عنده فى معنى البيع، والسلف إذا نقد فيه يدخله ذلك على مذهبه فى الأغلب السرعة تغيره، وليس العقار كذلك. وعلة أشهب فى تسويته بين العقار، وغيره ما جعله مالك علة فى ذلك؛ لأنه ربما لم يوجد على الصفة، فيكون البائع قد انتفع بالثمن، فأشبه البيع، والسلف.

سحنون: وليس الحولى كالرباعى والجذع كالقارح فيهن أنه يجوز فى مدة يمكن أن لا يتغير فيها، وبذلك فارق الحولى الرباعى لأنه أسرع استحالة وفارق الجذع القارح لأنه أسرع استحالة منه.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن رأى عبدًا منذ عشرين سنة ثم اشتراه على صفة، فذلك جائز ولا ينقد، وهو بيع على الصفة التى كان رأى فهذا، وإن كان أراد أن العشرين سنة من قصار المدد فغير ظاهر لأن هذه مدة يعلم أنه تتغير فيها الأسنان غالبا، وإن كان أراد أن إطلاق العقد محمول على أنه بمنزلة من شرط أنه على الصفة التى كان رآه عليها، وهو قوله، فذلك خلاف ظاهر المدونة لقوله فى عشرة أعوام: لا يجوز ذلك إلا أن يشترط أنها على ما كانت عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وفى صحة بيع المبيع البعيد الغيبة على ما ذكرناه شرطان، أحدهما: أن لا يضرب لقبضه أجلا. روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم: إن ضرب لذلك أجلا، لم يجز. زاد محمد بن المواز: قريبا ولا بعيدا.

ووجه ذلك أن أجل قبضه يفسد لأنه متقدر تقديرين، أحدهما: مسافة ما بين بلد البيع وبلد المبيع، والثانى: الأجل الذى يضربانه، وذلك يمنع صحة العقد كما لو اكترى دابة من مصر إلى الشام على أن يقطع ذلك فى مدة سمياها.

مسألة: والشرط الثانى أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع إلى بلد بعيد يستوفيه فيه منه، وإن كان موضع العقد، فإن شرط ذلك لم يجز، قاله ابن القاسم فى العتبية، وهذا على وجهين، أحدهما: أن يستوفى المبتاع المبيع حيث شرطا بينهما حمله، والثانى: أن يشترط قبضه فى موضعه ثم يكون على البائع حمله.

فأما الأول فهو الذى قلنا: إنه لا يجوز. وقال محمد بن المواز: وإنما لم يجز من أجل الضمان. ومعنى ذلك أنه تضمنه له البائع فى حمله الذى يختص بغرض المبتاع مع ما فى السفر من الغرر إلا أن تكون المسافة اليسيرة التى لا غرر فيها غالبا.

مسألة: وأما الوجه الثانى فهو جائز لا يضمن البائع المبيع لما يختص بغرض المبتاع وإنما يضمنه لمعنى يخصه، وذلك أن الطعام مضمون على الكرى إذا غاب عليه وانفرد بحمله دون صاحبه وحكم هذا الضمان حكم ضمان المبيع قبل الاستيفاء، وبذلك يختص هذا بنوع من الطعام، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فأما البعيد الغيبة، فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالثياب والأطعمة

والعروض المنقولة، أو مما لا ينقل كالأرض والدور والأصول الثابتة والأشجار، فأما ما ينقل فلا يجوز النقد فيه. زاد محمد بن المواز: وإن شرط الضمان على المبتاع لما فى ذلك من الغرر لأنه لا يدرى ما آل إليه حاله منذ زال عن بائعه ولا يكاد أن ينتهى خبره فيعتبر وقت ضياعه، وما يطرأ عليه من النقص والزيادة، فإن كان على غير النقد جاز لسلامة ذلك من الغرر.

مسألة: وأما الأصول الثابتة، فجوز ذلك فيها ابن القاسم على النقد، وهو المشهور من مذهب مالك ومنع منه أشهب.

وجه القول الأول أنه إنما منع مالك ذلك فى الحيوان والعروض لسرعة استحالتها فى أنفسها وإمكان نقصها، فإذا قبض البائع الثمن فلم يقبضه على ثقة أنه له لجواز أن يكون المبيع قد هلك أو دخله نقص أو يدخله فى المستقبل، فيجب عليه رد الثمن سلفا.

وإذا كان ذلك مما يتكرر فقد قبضه على أنه إن قبض المبتاع المبيع فهو ثمنه، وإن لم يقبضه كان عنده سلفا يرده، فلم يجز فيه اشتراط النقد، وأما الأصول الثابتة فإنها مأمونة لا يدخلها فى الأغلب نقص ولا زيادة ولا تغير، ولذلك كان ضمانها من المبتاع، فالبائع إنما يقبض الثمن على أنه له فى الأغلب كالمبيع الحاضر، وإن جاز أن يؤجل به عيب يوجب عليه رد الثمن لما كان يقل ويندر لم يؤثر فى صحة العقد.

ووجه القول الثانى أن هذا معين بعيد الغيبة فلم يجز بيعه بشرط النقد كالحيوان.

فصل: وقوله: «**وإن كان قد رآه ورضيه**» يريد أن المبتاع البعيد الغيبة لا يجوز بيعه بشرط النقد «**وإن كانت تقدمت رؤية المشترى له**» يريد أن للرؤية تأثيرًا فى بيع الأعيان الغائبة فلا يجوز عند مالك بيعها إلا برؤية متقدمة أو صفة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله أن ذلك جائز، وللمبتاع خيار النظر.

والدليل على ما نقوله أن هذا مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد، فلم يجز بيع أصله إذا قال له بعتك ما فى يدى.

فرع: وهذا إذا كان على وجه البيع والمكايسة، فأما إذا كان على وجه المعروف والمكارمة، فإن ذلك جائز، ويلزم المولى دون المولى، وذلك مثل أن يقول رجل ابتعت سلعة رخصية، فيقول له آخر: ولنيها، فيقول: قد فعلت، ثم يقول له هى دابة أو جارية أو ثوب ابتعته بكذا لأن هذا العقد مبنى على المكارمة، فقد عرا عن الغرر لأن المبتاع الذى جهل صفتة لا يلزمه البيع والبائع الذى لزمه البيع عالم ومكارم له.

مسألة: فأما بيع الغائب البعيد الغيبة بصفة البائع أو غيره، فإنه جائز، فإن كانت الصفة على ما وصفت لزم المبتاع، وإلا كان له الخيار، ومنع الشافعى بيع ما لم ير، وسنذكره بعد هذا إن شاء الله.

فرع: إذا ثبت جواز بيع الأعيان الغائبة، فقد اختلف قول مالك فى ضمانها قبل القبض، فقال أولا: هى من المبتاع إلا أن يشترط ذلك على البائع، وبه قال مطرف وابن وهب، ثم رجع فقال: هى من البائع إلا أن يشترط ذلك على المبتاع، وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون.

وجه القول الأول أنه لم يبق فيه حق توفية، فكان من المبتاع كالحاضر.

ووجه القول الثانى أنه ممنوع من النقد فيه مخافة تغيره، فكان من البائع كالجارية المبيعة بالمواضعة.

مسألة: وأما ما يجوز فيه النقد من الرباع وغيرها، فقد روى ابن المواز عن مالك أنها من البائع، قال: وله قول آخر أنها من المبتاع، وعليه أصحابنا أجمع، هذا كله فيما ليس فيها من توفية بعدد أو كيل أو وزن أو ذرع فى أرض أو غيرها، وما كان فيه حق توفيق من ذلك، فهو من ضمان البائع حتى يوفيه كالحاضر.

فرع: وإذا قلنا إنه يجوز النقد فى الرباع الغائبة إذا بيعت بوصف، فإنما يجوز ذلك فيما بيعت بوصف غير البائع، فأما إذا بيعت بوصف البائع، ففى العتبية: لا يجوز ذلك.

ووجهه أنه قد يزيد فى الصفة لينتفع بالثمن إلى وقت رؤية المشترى لها، ولما كان هذا الشراء معتادًا، وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد.

فصل: وقوله **«ولا بأس بذلك إذا كان مضمونا موصوفا»** يريد فى السلم، وهو أن يكون البيع فى ذمة البائع بصفة معلومة إلى أجل معلوم، فإن ذلك الغائب الذى يجوز فيه النقد حيوانا كان أو غيره.

* * *

بيع الحيوان باللحم

١٣٣٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّـهِ ﷺ

١٣٣٧ - أخرجه البيهقى ٢٩٧/٥، عن سعيد بن المسيب. والدارقطنى ٧١/٣، عن سعيد بن المسيب. وأبو نعيم فى الحلية ٣٣٤/٦، عن سهل بن سعد. البيهقى فى معرفة السنن والآثار ١١١٣٩/٨. الشافعى فى المسند ١٤٥/٢.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٢٠/٨: لا أعلم هذا الحديث يتصل من وجه ثابت من الوجوه عن النبى ﷺ، وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب هذا، ولا خلاف عن مالك فى إرساله، إلا=

نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ.

١٣٣٨ - مَالِك، عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: مِنْ مَيْسِرِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ بَيْعُ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ بِالشَّاةِ وَالشَّاتَيْنِ.

١٣٣٩ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: نُهِيَ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ، قَالَ أَبُو الزِّنَادِ: فَقُلْتُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: أَرَأَيْتَ رَجُلًا اشْتَرَى شَارِفًا بِعَشَرَةِ شِيَاهٍ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: إِنْ كَانَ اشْتَرَاهَا لِيَنْحَرَهَا فَلَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ. قَالَ أَبُو الزِّنَادِ: وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكْتُ مِنَ النَّاسِ يَنْهَوْنَ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ. قَالَ أَبُو الزِّنَادِ: وَكَانَ ذَلِكَ يُكْتَبُ فِي عُهُودِ الْعُمَّالِ فِي زَمَانِ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ وَهِشَامِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ.

الشرح: نهيه ﷺ عن بيع الحيوان باللحم يقتضى تحريمه وإبطال ما وقع منه، وبه قال مالك والشافعى وجمهور الفقهاء وقد قال أبو الزناد: «**إن كل من أدركت كان ينهى عن ذلك**» وأجاز أبو حنيفة[1] بيع الحيوان باللحم.

والدليل على صحة ما نقوله حديث ابن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم(*). وهذا الحديث وإن كان مرسلا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل.

=ما حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا محمد بن عبدالله بن أحمد، حدثنا أبى، حدثنا أحمد بن حماد ابن سفيان الكوفى، حدثنا يزيد بن عمرو العبدى، حدثنا يزيد بن هارون، أخبرنا مالك عن ابن شهاب، عن سهل الساعدى، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان. وهذا حديث إسناده موضوع لا يصح عن مالك، ولا أصل له فى حديثه.

١٣٣٨ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٢٢.

١٣٣٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٢٣.

(١) قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه؛ لأنه بيع ما هو موزون بما ليس بموزون، وهو جائز كيفما كان بشرط التعيين.

وانظر هذه المسألة فى: المهذب ٢٧٢/١. بدائع الصنائع ١٨٩/٥. الفقه على المذاهب الأربعة ٢٥٥/٢. الفقه الإسلامى وأدلته ٦٩٧/٤. المغنى ٣٢/٤. مغنى المحتاج ٢٩/٢. بداية المجتهد ١٣٦/٢. الدر المختار ١٩٢/٤.

(*) سبق تخريجه فى الحديث رقم ١٣٣٧.

ودليلنا من جهة القياس أن هذا جنس يجرى فيه الربا، والربا بيع الشىء بأصله الذى فيه منه، فلم يجز ذلك كالزيت بالزيتون والشيرج بالسمسم.

مسألة: إذا قلنا إنه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان، فأما ذلك ففى اللحم النيئ، وأما المطبوخ، فروى ابن المواز أن أشهب كرهه، وأجازه ابن القاسم وهو أحب إلينا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالحيوان على ثلاثة أجناس ذوات الأربع التى هى مباحة الأكل كلها جنس، والطير كله جنس، والحيتان جنس. وأما الجراد، فروى عن مالك أنه جنس رابع، روى ذلك الشيخ أبو القاسم. وروى عنه فى المدونة أنه قال: ليست بلحم، وإنما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه، فلا يجوز بيع لحم ضأن ولا معز بشىء من الحيوان ذوات الأربع وحشيها وإنسيها، ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحى الطير وحى الطير بلحم الحيتان.

قال ابن القاسم: ولم أر عند مالك تفسير حديث النبى ﷺ فى اللحم بالحيوان إلا من صنف واحد لموضع المزابنة، وذهب الشافعى إلى أنه لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع.

والدليل على صحة ما نقوله أن ما يجرى فيه الربا يعتبر فيه الجنس كالحبوب والأثمار.

فرع: وهذا فيما كان أكله مباحا وأما ما حرم أكله، فلا يمنع من ذلك لأنه ليس مما يحل أكله، فيقال إن فيه من جنس هذا اللحم، وأما المكروه مما جرت العادة بأكله منع بيعه بلحم جنسه كالهر والثعلب والضبع، فهذا لا يجوز بيعها بلحم ذوات الأربع لأنه مما جرت العادة للعرب بأكله مع أنه لا منفعة فيها غير اللحم، وأما الخيل والبغال والحمير، فقد قال مالك: لا بأس بها باللحم نقدًا أو إلى أجل؛ لأن ذلك لم تجر العادة بأكله ولأن منافعها المقصودة منها غير الأكل.

مسألة: وإذا كان الحيوان مما لا يقتنى، فحكمه حكم اللحم فى بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذى لا يدخر ولا يتخذ، فإنه لا يجوز بيعه بدجاج ولا أوز، هذا مذهب ابن القاسم، وأجاز ذلك أشهب.

وجه قول ابن القاسم أنه حيوان لا يصلح اقتناؤه واتخاذه داجنا، فلم يجز بيعه بالحيوان كالكسير الذى لا يحيا.

ووجه قول أشهب أنه حيوان على الصفة التى يحيا ويتناسل عليها غالبا، فجاز بيعه بحيوان من جنسه كالداجن.

فرع: فإذا قلنا إن حكمه حكم اللحم، فما الحال التى يثبت له ذلك؟ فقال محمد: لا خير فى بيع الشارف والكسير بالحى. وقال مالك: وليس كل شارف سواء، وإنما ذلك فى الذى قد شارف الموت. وقال فى المدونة: وما لا منفعة فيه إلا اللحم، وأما الشارف الذى يقبل ويدبر ويرجع، فلا.

فرع: وهل يكون ما يرجى فيه صوف حكمه حكم اللحم؟ قال أشهب: ليس التيس الخصى كاللحم بخلاف الشارف والكسير. وقال ابن نافع وأصبغ فى الموازية: إن الكبش الخصى والتيس الخصى ليس حكمهما حكم اللحم، يريد أن التيس الخصى والكبش الخصى يتخذان للسمن والزيادة فى اللحم، وحكمهما حكم الحى مع جنسه وقد قال ابن القاسم: لا خير فى لحم بشاة إلى أجل إذا لم يكن فيها منفعة للبن ولا صوف وإن استحييت للسمن.

قال أصبغ: إذا كان مثلها يقتنى بالرعى للسمن، فلا بأس بذلك فيها. وقد روى عن ابن القاسم: لا يجوز ذلك فى الكبش الخصى لأنه لا يقتنى للعجلة المقصودة، وهى فى الذكور الفحلة، وفى الإناث الدر والنسل، جائز.

ووجه الرواية الثانية أن ما ذكروه من الصوف والسمن منافع فى الحيوان لا يوجد فيه إلا بعد حال حياته، فإذا كانت فيه كان حكمه حكم الحى مع الحى. وقال أشهب وأصبغ: كانت فيه منافع أو لم تكن، فراعيا جواز حياته وإمكان بقائه، والله أعلم.

مسألة: وإذا ثبت ذلك، وقلنا إن حكم هذا الحيوان الذى لا يستحيا حكم اللحم، فإنه لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه، وهل يجوز باللحم أم لا؟ فاختلف فيه قول مالك، فمنع منه مرة، وهو قوله فى المدونة، وخففه أخرى فى كتاب محمد وغيره.

فوجه كراهيته تناول النهى عن بيع اللحم بالحيوان له لأنه حى تعذر بقاؤه لأن حكمه حكم اللحم، فيتعذر التماثل بينه وبين اللحم الآخر. ووجه تخفيفه أنه لحم برى، فجاز بلحم آخر من جنسه يدًا بيد.

فرع: وإذا قلنا إن ذلك يجوز متماثلا، فإن التماثل يكون فيه بالتحرى لأنه لا يوصل فيه إلى معرفة التماثل إلا بالتحرى، وإنما يبنى ذلك على ثلاثة أصول، أحدها جواز بيع هذا النوع من الحيوان باللحم، والثانى جواز التحرى فى العوضين من جنس واحد مما

يحرم فيه التفاضل، والثالث صحة التحرى فى الحى، وفى كل واحد من هذه الأصول الثلاثة الخلاف فى المذهب. والله أعلم.

* * *

بيع اللحم باللحم

اللحم الذى يعتبر فيه التساوى أو التفاضل هو اللحم على هيئته التى يستعمل عليها فى بيع وطبخ وغير ذلك مما يشتمل عليه من عظم وغيره ما لم يكن العظم مضافا إليه وذلك كنوى التمر حكمه حكم التمر، ما لم يكن مضافا إليه والله أعلم.

مسألة: وأما الكرش والكبد والقلب والرئة والطحال والكليتان والحلقوم والشحم والخصيتان والرءوس والأكارع، فلا يصلح شىء من ذلك باللحم إلا مثلا بمثل، قاله ابن القاسم فى المدونة، قال: وما علمت مالكا كره أكل الطحال ولا بأس به. وإذا ثبت ذلك من قوله، فيجب أن يكون حكمه حكم اللحم أيضا، والله أعلم.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى لَحْمِ الإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْوُحُوشِ أَنَّهُ لا يُشْتَرَى بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إلا مِثْلا بِمِثْلٍ وَزْنًا بوَزْنٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلا بَأْسَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يُوزَنْ إِذَا تَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ[1].

الشرح: وهذا كما قال أنه الأمر المجتمع عليه عند أهل المدينة أن لحم ذوات الأربع جنس يحرم فيه التفاضل ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل، ويجوز التفاضل بينه وبين لحم ذوات الأربع، ولحم الحيتان جنس ثالث يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل، بينه وبين الجنسين الأولين، والأمر فى الجراد على ما تقدم من اختلاف قولى مالك أحدهما أنه جنس رابع والثانى ليس بلحم.

وقد روى فى المختصر عن أشهب: لا بأس بالجراد متفاضلا، فأخرجه بذلك عن أن يكون مقتاتا أو مدخرًا، وإذا جاز التفاضل فيه، فإن يجوز بينه وبين غيره أولى، واختلف قول الشافعى فمرة قال: كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص يجوز التفاضل فيه بينه وبين لحم غيره من الحيوان، وهو قول أبى حنيفة غير أن أبا حنيفة يجعل البخت والغراب جنسا واحدًا والبقر والجواميس جنسا واحدًا والضأن والماعز جنسا واحدًا.

وقال الشافعى أيضا: إن اللحوم كلها جنس واحد لحوم ذوات الأربع ولحوم الطير ولحوم الحيتان.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٢٤.

والدليل على ما نقوله ما قدمناه من مراعاة المنافع والأغراض، وإذا كان وجه استعماله مخالفا لوجه استعمال لحكم الوحش وجب أن يكونا جنسين كلحم الحيتان.

ووجه آخر، وهو أنّا قد فرقنا بين أصول الأقوات وجعلناها أجناسا مختلفة لما اختلفت وجوه استعمالها، فكذلك فى مسألتنا مثله.

وقد تقدم الكلام فى نحو هذا، فيجب أن تكون الإبل والبقر والغنم جنسا واحد التقارب وجوه استعمالها ولتشاكل صورها، فإن لذلك تأثيرا فى الجنس على ما قدمناه فى أجناس الحبوب ويجب أن يكون لحم الطير مخالفا لذلك لمخالفتها فى وجه الاستعمال ومنافاتها لها فى الصورة، ولذلك فرقنا بينها وبين الحيتان، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما حكمنا له من ذلك بالجنس الواحد حرم فيه التفاضل، وما حكمنا له بالجنسين، جاز بينهما التفاضل، واعتبار التماثل فى اللحم وكل موزون من الخبز الوزن وهل يجوز ذلك بالتحرى؟.

روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها: أن الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحريا دون كيل ولا وزن، ولم يجز أبو حنيفة والشافعى التحرى فى ذلك.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا مما تدعو الحاجة إلى قسمته ومبادلته فى السفر دون الحضر وحيث لا توجد الموازين، فجاز ذلك لضرورة عدمها مع الوصول بذلك إلى التماثل.

قال القاضى أبو محمد: من أصحابنا من أجازه على الإطلاق، ومنهم من أجازه بشرط تعذر الموازين كالبوادى والأسفار. وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يجوز بوجه. والدليل على ما نقوله أن التحرى فى جهة لمعرفة الموزون كالوزن لمعرفة التماثل فأشبه الوزن.

فرع: وهذا فى الموزون دون المكيل والمعدود، وفى الواضحة عن مالك: لا يجوز فيه التفاضل من الطعام غير الأدام لما يجوز قسمته تحريا، وكذلك السمن والعسل والزيت وإنما تقسم وزنا أو كيلا مثلا بمثل.

ووجه ذلك أن ما لا يجوز التماثل فيه بالوزن، فإنه يجوز أن ينوب عنه فيه التحرى لتعذر الموازين فى كثير من الأوقات، وما يجوز فيه الكيل والعدد، فإنه يجوز فيه التحرى لا مكان ذلك فى المعدود على كل حال، وفى المكيل وإن كان بغير الكيل المعهود.

فرع: قال ابن القاسم: وإنما يجوز ذلك إذا أمكن التحرى فيه لقلته ولقربه من غير، فإما إذا تعذر التحرى فيه لكثرته، فلا يجوز ذلك. وقد روى ابن حبيب عن مالك: أن ذلك إنما يجوز فى قليل الخبز واللحم والبيض؛ لأن التحرى يحيط به ولا خير فى كثيره إلا بالوزن.

فرع: وهل يجوز ذلك فى شاة مذبوحة كشاة مذبوحة؟ قال ابن القاسم فى المدونة: لا يتأتى ذلك فيها إلا بالتحرى، فإن كانتا بجلديهما، فلا بأس بذلك، إن كان يستطاع ذلك فيهما غير مسلوختين. قال سحنون: لا يستطاع ذلك، وقاله أصبغ، ولم يعجب محمد بن المواز قول أصبغ.

وقد روى يحيى بن يحيى المنع من ذلك لأنه لحم وجلد بلحم وجلد، وهذا ليس بصحيح لأن الجلد لحم يؤكل مسعوطا كسرا معتادا، ومنع ذلك قوم من أصحابنا لأنه لحم مغيب وهذا ليس بصحيح أيضًا إذا قلنا إن الجلد لحم ولو لم نقله لكان قد رىء بعضه فى مذبحه، فإذا جوزنا ذلك، فكان يخرج منه أن هذا المقدار مما يجوز فيه التحرى.

فرع: وهل يجوز ذلك فى الحى؟ فى الواضحة لا يباع ما لا يقتنى من الوحش والطير بجزء من صنفه إلا تحريا مثلا بمثل، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فى الجلد يجوز التحرى فى الحمى، وفى الموازية كره ابن القاسم ما لا يحيا من الطير باللحم.

قال أصبغ: لأنه حى بعد، فيحتمل أن يريد به أنه يدخله اللحم بالحيوان، وهو الأظهر، ويحتمل أن يريد به تعذر التحرى فى اللحم الحى، ويحتمل أن يريد به تعذر التحرى فيهما لاختلافهما بالحياة والموت، وقد تقدم من قول مالك أنه جوز بيع الشارف المكسور باللحم، ولم يراع شىء من ذلك.

فرع: واختلف قول مالك فى منع المجفوف والنيىء بالتحرى، ففى المدونة أنه لا يجوز اللحم النيئ بالقديد وإن تحرى فيه التماثل لأنه لا يبلغ التماثل فيه، وقد ذكر أنه أجازه ثم رجع وكذلك النيئ بالمكمور، وكذلك اللحم المشوى بالنيئ، فوجه الإباحة أنه لحم فجاز التحرى مع اختلاف حاله. أصل ذلك الحى والمذبوح.

ووجه المنع أن اختلاف ما يجب فيه التماثل بالجفوف والرطوبة يمنع التحرى فيه كالعنب بالزبيب والرطب بالتمر.

قال مالك: وَلا بَأْسَ بِلَحْمِ الْحِيتَانِ بِلَحْمِ الإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ

مِنَ الْوُحُوشِ كُلِّهَا اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ وَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ يَدًا بِيَدٍ، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ الأَجَلُ، فَلا خَيْرَ فِيهِ.

قال مالك: وَأَرَى لُحُومَ الطَّيْرِ كُلَّهَا مُخَالِفَةً لِلُحُومِ الأَنْعَامِ وَالْحِيتَانِ، فَلا أَرَى بَأْسًا بِأَنْ يُشْتَرَى بَعْضُ ذَلِكَ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلا يَدًا بِيَدٍ، وَلا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ إِلَى أَجَلٍ(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن لحم الحيتان، وإن كان من غير جنس ذوات الأربع لما قلناه، ويجوز بينهما التفاضل، فإنه لا يجوز بينهما الأجل خلافا لأبى حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن كل شيئين جمعتهما علة واحدة فى الربا فإنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسا كالذهب والورق.

مسألة: وهكذا حكم اللحم بالحيوان الذى حكمه حكم اللحم كالشارف والكسير لا يجوز بيع أحدهما بالآخر من جنسه ولا بشىء من الطعام إلى أجل، رواه عيسى عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه إذا لم يكن فيه منفعة غير اللحم، فإن حكمه حكم اللحم، وهو طعام فلا يجوز بطعام من جنسه ولا من غير جنسه إلا يدًا بيد، وكان يجب على هذا أن لا يجوز الحيوان بعضه ببعض إذا لم تكن فيه منفعة لغير اللحم إلا يدًا بيد، من جنس واحد كانا أو من جنسين، لكنه أثرت الحياة فيهما لما تساوى الغرضان فيهما ما أثر التساوى فى بيع الزيتون بالزيتون حبا، وإن لم يعلم أن ما فيهما من الزيت متماثل.

ولا يجب بيع الزيتون بالزيت لأنه يعلم أن ما فى الزيتون من الزيت مساو للزيت المنفرد، ولما أثر فى ذلك التماثل، جاز أن يؤثر فى التقابض فى المجلس.

* * *

ما جاء فى ثمن الكلب

١٣٤٠ - مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِى بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١١٢/٢٠.

١٣٤٠ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢٢٣٧، الإجارة ٢٢٨٢، الطلاق ٥٣٤٦، الطب ٥٧٦١. ومسلم فى المساقاة ١٥٦٧. والترمذى فى النكاح ١١٣٣، البيوع ١٢٧٦. والنسائى فى=

ابْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِى مَسْعُودٍ الأَنْصَارِىِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَمَهْرِ الْبَغِىِّ، وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ(١).

يَعْنِى بِمَهْرِ الْبَغِىِّ مَا تُعْطَاهُ الْمَرْأَةُ عَلَى الزِّنَا، وَحُلْوَانُ الْكَاهِنِ رَشْوَتُهُ، وَمَا يُعْطَى عَلَى أَنْ يَتَكَهَّنَ.

قال مالك: أَكْرَهُ ثَمَنَ الْكَلْبِ الضَّارِى وَغَيْرِ الضَّارِى لِنَهْىِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ.

الشرح: نهيه ﷺ عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهى عن اتخاذه فيتناول نهيه البائع عن أخذ ثمنه والانتفاع به وهذا يمنع نفعه، وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحرث والصيد، فاختلف فيه قول مالك فيتأول بعض أصحابه أنه يجوز بيعه. وقال سحنون: يجوز أن يحج بثمنه. وقاله ابن كنانة، وبه قال أبو حنيفة، وروى عنه القاسم أنه كره بيعه، وهى رواية الموطأ.

وجه القول الأول ما روى أبو صالح وابن سيرين عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتنى كلبا فإنه ينقص من عمله كل يوم قيراط إلا كلب غنم أو حرث أو صيد»(*). فأباح اتخاذ ما استثنى منها، وإذا أباح اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان.

=الصيد والذبائح ٤٢٩٠، البيوع ٤٦٦٤. وأبو داود فى البيوع ٣٤٢٨، ٣٤٨١. وابن ماجه فى التجارات ٢١٥٩. وأحمد فى مسند الشاميين ١٦٦٢٢. والدارمى فى البيوع ٢٥٦٨. والبيهقى ٨/٦، عن أبى هريرة. والحاكم فى المستدرك ٣٣/٢، عن عبدالله بن عمر. والطبرانى فى الكبير ٢٦٥/١٧، عن ابن مسعود والطحاوى فى معانى الآثار ٥١/٤، عن ابن مسعود. وذكره الهيثمى فى المجمع وعزاه للطبرانى، عن ابن عازب ٨٧/٤.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٢٦/٨: وقع فى نسخة موطأ يحيى، وعن أبى مسعود الأنصارى، وهذا من الوهم البين والغلط الواضح، الذى لا يعرج على مثله. والحديث محفوظ فى جميع الموطآت، وعند رواة ابن شهاب كلهم لأبى بكر، عن أبى مسعود، وأما لابن شهاب، عن أبى مسعود فلا يلتفت إلى مثل هذا؛ لأنه من خطأ اليد، وسوء النقل، وأبو مسعود هذا اسمه عقبة بن عمرو، ويكنى أبا مسعود، أنصارى، يعرف بالبدرى؛ لأنه كان يسكن بدرًا. واختلف فى شهوده بدرًا.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٢٣، ٢٣٢٥، ٥٤٨٠، ٥٤٨١، ٥٤٨٢. مسلم حديث رقم ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦. الترمذى حديث رقم ١٤٨٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٢٨٤، ٤٢٨٥، ٤٢٨٧، ٤٢٩٠، ٤٢٩١. ابن ماجه حديث رقم ٣٢٠٤، ٣٢٠٦. أحمد=

وجه الرواية الثانية الحديث المتقدم أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب، وهذا عام فيحمل على عمومه.

فرع: فإذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضارى، فقد قال القاضى أبو محمد: إن أصحابنا اختلفوا فى ذلك، فمنهم من قال هذا مكروه يصح، ومنهم من قال: لا يجوز، وبه قال الشافعى، فمن قتله على الوجهين فعليه لصاحبه قيمته عند مالك. وقال الشافعى: لا قيمة عليه.

والدليل على ما نقوله أن هذا حيوان أبيح الانتفاع به، فإذا لم يجز بيعه كان على مستهلكه قيمته كأم الولد.

فصل: وقوله ﷺ: «**وعن مهر البغى**» يريد ما تعطاه الزانية من استباحتها «**وحلوان الكاهن**» وهو ما يعطاه الكاهن لتكهنه لأنه أكل المال بالباطل ولأن التكهن محرم، وما حرم فى نفسه حرم عوضه كالخمر والخنزير.

* * *

السلف وبيع العروض بعضها ببعض

١٣٤١ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ.

قَالَ مَالِك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ للرَّجُلِ: آخُذُ سِلْعَتَكَ بِكَذَا عَلَى أَنْ تُسْلِفَنِي كَذَا، فإنْ عَقَدَا بَيْعَهُمَا عَلَى هَذَا الوجْهِ، فَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ، فَإِنْ تَرَكَ الَّذِى اشْتَرَطَ مِنْهُ، كَانَ ذَلِكَ الْبَيْعُ جَائِزًا.

=فى المسند حديث رقم ٤٤٦٥، ٤٥٣٥، ٤٩٢٥، ٥٠٠٣، ٥٢٣١، ٥٢٣٢، ٥٧٤١، ٥٨٨٩، ٦٤٠٧، ٦٤٠٦، ٢١٤٠٦، ٢١٤١١. الدارمى حديث رقم ٢٠٠٤، ٢٠٠٥.

١٣٤١ - قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٠/٨: وهذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ وهو حديث صحيح، رواه الثقات، عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة، إذا حدث عنه ثقة، وإنما دخلت أحاديثه الداخلة من أجل رواية الضعفاء عنه، والذى يقول: إن روايته عن أبيه، عن جده صحيفة، يقول: إنها مسموعة صحيحة، وكتاب عبدالله بن عمرو، عن جده، عن النبى ﷺ أشهر عند أهل العلم.

الحديث أخرجه أبو داود كتاب البيوع، باب الرجل يبع ما ليس عنده ٢٨١/٣ رقم ٣٥٠٤، عن عبدالله بن عمر. الترمذى كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عنده ٥٢٧/٣، عن ابن عمر. والنسائى كتاب البيوع باب سلف وبيع ٢٩٥/٧، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عند جده. والطحاوى بمعانى الآثار ٤٦/٤، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدة.

الشرح: ما روى أنه ﷺ نهى عن بيع وسلف لا نعلم له إسنادا صحيحا وأشبهها ما روى أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل بيع وسلف»(*) . وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك وتلقى الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه، وذلك يقوم له مقام الإسناد.

ووجه ذلك من جهة المعنى أن الغرض أنه ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البر والمكارمة، فلا يصح أن يكون له عوض، فإن قارن فقد فرض عقد معاوضة، وكان له حصة من العوض، فيخرج من مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة.

ووجه آخر، وهو أنه إن كان غير موقت، فهو غير لازم للمقرض، وما نفاذه غير لازم للمقرض، وإن كان غير موقت، فهو غير لازم للمقرض، والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة كالإجارة والنكاح لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافى حكميهما.

فصل: قال مالك: «**وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل، يعنى ثوبا بكذا وكذا على أن تسلفنى كذا وكذا فإن عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز**» فإن أدركت السلعة قبل أن يقبضها المبتاع أو بعد ما قبضها وقبل أن تفوت عنده، وقد غاب البائع على الثمن، فإن البيع ينقض وترد السلعة، قاله ابن حبيب وسحنون.

ويجب أن ترد البيع والسلف جميعا، وذلك أن مغيب البائع على الثمن يتم به فساد العقد لأنه قد وجد بذلك السلف الذى أفسد العقد، وما لم يوجد المعنى المفسد للعقد.

مسألة: فإن فاتت السلعة عند المشترى، ولم يقبض السلف، وكان مشترط السلف هو المبتاع، فعليه الأقل من القيمة أو الثمن، وإن كان مشترطه البائع، فله الأكثر من القيمة أو الثمن، قاله ابن حبيب وسحنون.

ووجه ذلك أن مشترط السلف حجته أن يقول: لولا ما اشترطته من السلف ما

(*) أخرجه أبو داود رقم ٣٥٠٤، ٢٨١/٣ كتاب البيوع، عن عبدالله بن عمر. النسائى ٢٨٨/٧ كتاب البيوع، باب سلف وبيع، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. الترمذى رقم ١٢٣٤، ٥٢٧/٣، عن ابن عمر. أحمد فى المسند ١٧٨/٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. الحاكم فى المستدرك ١٧/٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وذكره فى الكنز برقم ٩٥١٠ وعزاه للسيوطى. الدارقطنى ٧٥/٣، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. الطحاوى فى معانى الآثار ٤٦/٤، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

رضيت بذلك الثمن وقال أصبغ فى غير كتاب ابن حبيب: إن اشترط البائع السلف، فله القيمة ما لم يجاوز الثمن والسلف، وإن اشترط المبتاع السلف، فعليه الأقل ما بلغ.

مسألة: ولو كانت السلعة عند البائع أو بيد المبتاع قائمة، ولم يغب المقترض على القرض، فالمشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض إن تركه صح البيع، وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك أنه لا يصح البيع، وإن ترك القرض، قال: وهو القياس، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. قال الشيخ أبو بكر: ووجهه أن البيع قد فسد عقده باشتراط السلف كالبيع فى الخمر والخنزير.

وقد فرق بينهما القاضى أبو إسحاق بأن من باع من رجل ثوبا بدرهم وخمرا وخنزيرا، فقال: أنا أدع الخمر، أن البيع مفسوخ عند مالك، قال: لأن مشترط السلف مخير فى أخذه وتركه، ومشترط الخمر غير مخير يوازن مسألة السلف أن يقول: أبيعك الثوب بمائة دينار على أن شئت أن تزيدنى زق خمر زدتنى، وإن شئت تركته، ثم ترك زق خمر جاز البيع، ولو أخذه فسد البيع، والذى قال القاضى أبو إسحاق كلام صحيح، وذلك أن القرض مبنى على أنه متعلق باختيار المقترض والمبيع ليس معلقا على اختياره، بل يلزم مشتريه قبضه ويجبر على ذلك، وقد أنكر هذا القول عليه بعض من رأى قوله ولم يفهمه.

قال مالك: وَلا بَأْسَ أَنْ يُشْتَرَى الثَّوْبُ مِنَ الْكَتَّانِ أَوِ الشَّطَوِىِّ أَوِ الْقَصَبِىِّ بِالأَثْوَابِ مِنَ الإِتْرِيبِىِّ أَوِ الْقَسِّىِّ أَوِ الزِّيقَةِ أَوِ الثَّوْبِ الْهَرَوِىِّ أَوِ الْمَرْوِىِّ بِالْمَلاحِفِ الْيَمَانِيَّةِ وَالشَّقَائِقِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، الْوَاحِدُ بِالاثْنَيْنِ أَوِ الثَّلاثَةِ يَدًا بِيَدٍ، أَوْ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ نَسِيئَةٌ، فَلا خَيْرَ فِيهِ.

قال مالك: وَلا يَصْلُحُ حَتَّى يَخْتَلِفَ، فَيَبِينَ اخْتِلافُهُ، فَإِذَا أَشْبَهَ بَعْضُ ذَلِكَ بَعْضًا، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ أَسْمَاؤُهُ، فَلا يَأْخُذْ مِنْهُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَذَلِكَ أَنْ يَأْخُذَ الثَّوْبَيْنِ مِنَ الْهَرَوِىِّ بِالثَّوْبِ مِنَ الْمَرْوِىِّ أَوِ الْقُوهِىِّ إِلَى أَجَلٍ أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَيْنِ مِنَ الْفُرْقُبِىِّ بِالثَّوْبِ مِنَ الشَّطَوِىِّ، فَإِذَا كَانَتْ هَذِهِ الأَجْنَاسُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ، فَلا يُشْتَرَى مِنْهَا اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

قال مالك: وَلا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَ مَا اشْتَرَيْتَ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْفِيَهُ مِنْ غَـيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِى اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِذَا انْتَقَدْتَ ثَمَنَهُ[١].

الشرح: قوله: «**لا بأس بالثوب من الكتان من الشطوى أو القصبى بالأثواب من الإتريبى أو القسى أو الزيقة**»[٢] يريد أن رقيق الكتان وهى الشطوية وما أشبهها من القصبى والفرقبى والقسى لا بأس به بغليظ ثياب الكتان وهى الإتريبى وما أشبهه من القسى والزيقة والمريسية إلى أجل.

وأصل ذلك أن ما اختلف فى جنسه من الثياب يجوز بيعه بما خالفه فى جنسه إلى أجل، لا يجوز ذلك فيما كان من جنسه، وإنما يختلف جنسها بالرقة والغلظ لأنها المنفعة المقصودة منها.

وكذلك القطن رقيقه وهو المروى والهروى والقوهى والعدنى جنس مخالف لغليظه وهى الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ، ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة وغيرها.

وفى الواضحة أن ثياب القطن صنف، وإن اختلفت جودتها وأثمانها وبلدانها وكانت هذه عمائم وهذه أردية وشقق لتقارب منافعها، قال: إلا ما كان من وشى القطن والصنعانى والسعيدى والعصب والحبر والمشطب والمسير وشبهه، ولا بأس به فبياض ثياب القطن متفاضلا إلى أجل، وما اختلف أيضا فى الرداءة والجودة والغلظ والرقة فتباين وتباعد فى نفعه وجماله، فإنهما صنفان يجوز فيهما التفاضل إلى أجل لاختلاف الجنس بمعنيين بالصبغ على الوجه الذى ذكروه بالرقة والغلظ.

ولم يذكر الاختلاف بالصبغ، وإنما ذكره بالرقة والغلظ لأن ثياب الكتان لم تكن هناك تستعمل على هذا الوجه، وأما ثياب الحرير فصنف، وإن اختلفت أثمانها وجودتها وصنعتها من أردية وأخمرة وغيرها، وكذلك ثياب الخز وثياب الشقيق إلا ثياب وشى الحرير فلا بأس بها بثياب بياض الحرير واحد باثنين إلى أجل، فجعل الصنف فى الحرير يختلف بالصبغ والبياض، ولم يذكر اختلافه بالرقة والغلظ، وثياب الحرير صنف إلا أن يختلف فى الغلظ والرقة وثياب الصوف والمرعزاء كلها صنف، وإن اختلفت البلدان

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٤٥/٢٠.

(٢) قال عبد الملك بن حبيب: الإتريبى ثياب تعمل بقرية من قرى مصر، يقال لها: إتريب. وأما القسى: فثياب تعمل فى القس ناحية من نواحى مصر، وأما الزيقة: فثياب تعمل بالصعيد غلاظ ردية.

والثمن، فلا يجوز كساء مرعز بكساءين من الصوف إلى أجل ولا بالجباب ولا مسا ساري بمصريين حتى تختلف أنواع صنفها مثل الطيقان الطرازية بالجبب المرعزية ومثل القطن بالبسط، فيجوز متفاضلا إلى أجل، وكذلك ثياب تتباين فى الرقة، فيجوز ذلك فيها.

مسألة: فأما صنف فى خلافه مثل ثوب كتان أو صوف أو وشى أو حرير أو خز واحد باثنين إلى أجل، فلا بأس به، وإن تساوت فى الجمال والرقة لاختلاف أصوله، قال ذلك كله ابن حبيب فى واضحته.

وقد غلط فى ذلك بعض من فسر الموطأ، فتأول عليه أنه جعل الكتان والقطن صنفًا واحدًا، وليس فى اللفظ ما يقتضى ذلك، والله أعلم.

وقد قال فضل فى مختصر المدونة ابن القاسم: يجعل ثياب القطن صنفًا وثياب الكتان صنفًا آخر، وأشهب يجعلها صنفًا واحدًا.

فصل: وقوله: «**ولا يصلح حتى يختلف، فيبين اختلافه**» يريد مما تقدم من الجنس بالرقة والغلظ، وفى بعضها بالصبغ على الوجه المذكور. وأما إذا أشبه بعض ذلك بعضًا، وإن اختلفت أسماؤه، فلا يجوز فيه التفاضل مع الأجل مثل قولنا العدنى والمروى والهروى، فإنه قد اختلفت أسماء ذلك، ولا يجوز فيها التفاضل مع الأجل لتقارب المنفعة التى فى معنى الجنس. ومذهب أبى حنيفة يقرب من مذهب مالك فى ذلك، وهو قول النخعى، وجوز الشافعى التفاضل مع التساوى فى الصف الواحد، وهو قول سعيد بن المسيب.

قال أبو الزناد: خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب فى قوله: لا بأس بقبطية بقبطيتين من صنف واحد إلى أجل، وقد تقدم بيان ذلك فيما تقدم من ذكر الحيوان.

وقال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى: الشطوى ما عمل بشطا، وهو من الكتان والإتريبى ما عمل بقرية من قرى مصر، يقال لها إتريب والقسى بالقس كورة مصر، والزيقة ما عمل بصعيد مصر، وهى ثياب غليظة، واليمانية ما كان من هذه البرود، والصنعانى كله، والشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة.

* * *

السُّلْفَةِ فِى الْعُرُوضِ

١٣٤٢ - مَالِك، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ:

١٣٤٢ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف ٤٤/٨. الشافعى فى الأم ٢٤٣/٧.

سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ وَرَجُلٌ يَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ سَلَّفَ فِى سَبَائِبَ، فَأَرَادَ بَيْعَهَا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهَا، فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: تِلْكَ الْوَرِقُ بِالْوَرِقِ، وَكَرِهَ ذَلِكَ.

قال مالك: وَذَلِكَ فِيمَا نُرَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا الَّذِى اشْتَرَاهَا مِنْهُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِى ابْتَاعَهَا بِهِ، وَلَوْ أَنَّهُ بَاعَهَا مِنْ غَيْرِ الَّذِى اشْتَرَاهَا مِنْهُ، لَمْ يَكُنْ بِذَلِكَ بَأْسٌ»[(١)].

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِيمَنْ سَلَّفَ فِى رَقِيقٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ عُرُوضٍ، فَإِذَا كَانَ كُلُّ شَىْءٍ مِنْ ذَلِكَ مَوْصُوفًا، فَسَلَّفَ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ، فَحَلَّ الأَجَلُ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِىَ لا يَبِيعُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ مِنِ الَّذِى اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِى سَلَّفَهُ فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ مَا سَلَّفَهُ فِيهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا فَعَلَهُ فَهُوَ الرِّبَا، صَارَ الْمُشْتَرِى إِنْ أَعْطَى الَّذِى بَاعَهُ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ، فَانْتَفَعَ بِهَا، فَلَمَّا حَلَّتْ عَلَيْهِ السِّلْعَةُ، وَلَمْ يَقْبِضْهَا الْمُشْتَرِى بَاعَهَا مِنْ صَاحِبِهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا سَلَّفَهُ فِيهَا، فَصَارَ أَنْ رَدَّ إِلَيْهِ مَا سَلَّفَهُ وَزَادَهُ مِنْ عِنْدِهِ[(٢)] .

الشرح: قوله: «**عن رجل سلف فى سبائب**» قال مالك: السبائب[(٣)]، غلائل ثمانية، فقال ابن عباس فيمن باعها قبل أن يقبضها: «**ذلك الورق بالورق**» وكره ذلك.

وقال مالك: إن معنى ذلك أنه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذى دفع إليه فيها، فيدخله الورق بالورق متفاضلاً، ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس، ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروى فى ذلك مما هو الصواب عنده.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥١/٢٠.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٥٧/٢٠، وقال: هذه المسألة قد أوضح مالك فيه مذهبه، وذلك على أصله فى قطع الذرائع. وأما غيره من فقهاء الأمصار، فلا يجيزون بيع شىء سلم فيه لأحد حتى يقبضه. ومن حجتهم فى هذه المسألة بعينها أنه يجوز بيع السلم من المسلم إليه فيه حديث أبى سعيد الخدرى عن النبى ﷺ أنه قال: «من سلف فى شىء فلا يصرفه فى غيره».

(٣) السبائب: عمائم الكتان، وغيره، وقيل شقق الكتان وغيره، وقيل الملاحف. وهى جمع سبيبة، وقيل: شقة من الثياب أى نوع كان.

وقد قال عيسى: سألت ابن القاسم عن ربح ما لم يضمن، فقال: ذكر مالك أنه بيع الطعام قبل أن يستوفى؛ لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى(*)، فربحه حرام. قال: وأما غير الطعام، العروض والحيوان والثياب، فإن ربحه حلال لا بأس؛ لأن بيعه قبل استيفائه حلال.

ومن كتاب محمد: أن من ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيئًا بغير أمره، ثم يبتاع منه، وهو لا يعلم بيعك بأقل من الثمن، وكذلك بيعك من ابتعت بالخيار، لا تبعه حتى تعلم البائع ويشهد أنك رضيته، فإن لم تعلمه، فربحه للبائع، وإن قلت، بعد أن اخترت: صدقت مع يمينك، وكذلك الربح.

مسألة: وأما ما خلا المطعوم، فإنه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه، سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل، أو لم يكن فيه حق توفية، كالثوب المعين.

وقال أبو حنيفة: كل ما ينقل ويحول، فإنه بيعه قبل استيفائه، وكل ما لا ينقل، ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها، فإنه يجوز بيعها قبل استيفائها.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل استيفائه. وتعلق شيوخنا في ذلك بأن المطعوم بالناس حاجة إليه، فكان الاحتياط فيه واجبًا.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: والذي عندي أنه كان المستعمل في البيع قبل استيفائه المسبب به إلى الدرهم بالدرهم حين ورود النهي، فاختص الحكم بذلك، والله أعلم.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وهذا عام، فحمل على عمومه.

ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا ليس بمطعوم، فجاز بيعه قبل قبضه كمنافع الأعيان في الإجارات. ودليل آخر أنه إزالة ملك، فجاز قبل القبض كالعتق.

مسألة: وقول مالك: «**وهو الأمر عندنا فيمن سلف رقيق أو عروض، فإن المشترى لا يبيع شيئًا من ذلك من الذي عليه بأكثر من الثمن الذي سلف فيه قبل أن يقبضه منه**»، يريد ما دام في ذمته وقبل استيفائه منه؛ لأنه يكون حينئذ قد دفع إليه دينارًا، وأخذ منه به دينارين.

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣١٣.

وأما إن باعه منه بمثل الثمن الذى اشتراه به منه، أو أقل من ذلك، فإنه لا بأس به، فى بيعه بمثله يعود إلى معنى القرض، فإذا باعه بأقل من الثمن بعد من التهمة؛ لأن مثل هذا لا يفعل، لا يقصد أحد أن يسلف دينارين فى دينار واحد.

مسألة: ويجوز أن يبيعه منه بغير العين بكل ما يجوز أن يسلم فى المسلف فيه. قال فى المدونة: إن كانت ثيابا قرقبية، فلا بأس أن يبيعها قبل الأجل بثياب قطن مروية أو هروية أو حيوان، فجعل القرقبية، وهى من رقيق الكتان من غير جنس ثياب القطن الرقيقة لاختلافها فى جنس الأصل، وسيتم بعد هذا الكلام فى هذ المسألة إن شاء الله تعالى.

قال مالك: مَنْ سَلَّفَ ذَهَبًا أَوْ وَرِقًا فِى حَيَوَانٍ أَوْ عُرُوضٍ إِذَا كَانَ مَوْصُوفًا إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، ثُمَّ حَلَّ الأَجَلُ، فَإِنَّهُ لا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ الْمُشْتَرِى تِلْكَ السِّلْعَةَ مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ أَنْ يَحِلَّ الأَجَلُ أَوْ بَعْدَ مَا يَحِلُّ بِعَرْضٍ مِنَ الْعُرُوضِ يُعَجِّلُهُ وَلا يُؤَخِّرُهُ، بَالِغًا مَا بَلَغَ ذَلِكَ الْعَرْضُ، إِلا الطَّعَامَ، فَإِنَّهُ لا يَحِلُّ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ، وَلِلْمُشْتَرِى أَنْ يَبِيعَ تِلْكَ السِّلْعَةَ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِى ابْتَاعَهَا مِنْهُ بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ أَوْ عَرْضٍ مِنَ الْعُرُوضِ، يَقْبِضُ ذَلِكَ وَلا يُؤَخِّرُهُ؛ لأَنَّهُ إِذَا أَخَّرَ ذَلِكَ قَبُحَ وَدَخَلَهُ مَا يُكْرَهُ مِنَ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ، وَالْكَالِئُ بِالْكَالِئِ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ دَيْنًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ بِدَيْنٍ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ[(١)] .

قال مالك: وَمَنْ سَلَّفَ فِى سِلْعَةٍ إِلَى أَجَلٍ، وَتِلْكَ السِّلْعَةُ مِمَّا لا يُؤْكَلُ وَلا يُشْرَبُ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِىَ يَبِيعُهَا مِمَّنْ شَاءَ بِنَقْدٍ أَوْ عَرْضٍ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهَا مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهَا الَّذِى اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَلا يَنْبَغِى لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الَّذِى ابْتَاعَهَا مِنْهُ إِلا بِعَرْضٍ يَقْبِضُهُ وَلا يُؤَخِّرُهُ[(٢)].

الشرح: قوله: «**من سلف ذهبًا أو ورقًا فى حيوان، فلا بأس أن يبيعه من البائع قبل الأجل وبعده بعرض يعجله، ولا يؤخره**» على ما تقدم، وذلك أنه على ثلاثة أحوال، أحدها: أن يبيعها منه قبل أن يفترقا من مجلس السلم. والثانى: بعد أن يفترقا، وقبل حلول أجل السلم. والثالث: بعد حلول أجل السلم.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/١٥٧ - ١٥٨.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/١٥٨.

فأما قبل التفرق، فقد قال أشهب فى المجموعة من أسلم فى غير الطعام عينًا أو طعامًا أو عرضًا، لا يعرف بعينه أو مما يعرف، ثم باعه من البائع قبل التفرق، جاز أن يبعه منه بما شاء، وإن نقده دنانير وأخذ دراهم، وأخذ دنانير أكثر من دنانيره، ولا يجوز ذلك بعد التفرق.

وقال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أن يأخذ من جنس دنانيره أكثر، فيعلم أنه لم يقصد إعطاء دينارين، فيصح لبعد التهمة فى البيع الأول والثانى، وهذا على مذهب أشهب وأما على قول ابن القاسم، فلا يجوز أن يأخذ منه أكثر من مذهبه.

مسألة: فإن كان بعد التفرق وقبل الأجل، فإنه لا يجوز إلا بما يجوز أن يسلم فى الحيوان المسلم فيه، ويجوز أن يسلم فيه رأس المال، فيتحذر من الأمرين، وأما بعد الأجل، فإنما يراعى معنى واحد، وهو أن يكون رأس مال السلم لا يجوز أن يسلم فيما باعه به، وإن كان ما باعه به لا يجوز أن يسلم فيما باعه؛ لأن حكمه حكم التناجز؛ لأنه يأخذ ما باع به نقدًا لا يجوز فيه التأخير، وما فى ذمة المسلم إليه بمنزلة النقد، فلا يفسد ذلك من هذا الوجه إلا ما يفسد بيع النقد، وإنما يراعى ذلك فى رأس المال السلم وما قبضة ثمنًا فيه لما بينهما من التأخير، والله أعلم.

مسألة: ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق أو ما هو فى حكم ذلك؛ لأنه يدخله الأجل وبعده، فسخ دين فى دين، وذلك ممنوع باتفاق.

مسألة: فإن كان ما يأخذ مما يمكن قبضه لوقته كالثوب، فلا يجوز أن يؤخره به إلا مثل ذهابه إلى البيت. وأما أن يفارقه ويطلبه، فلا يجوز ذلك لأنه يدخله فسخ دين فى دين.

ووجه ذلك أنه كان له عليه حيوان مضمون فى ذمته، فنقله إلى ثوب مضمون فى ذمته.

فرع: وإن تفرقا قبل القبض، فسخ البيع إن عملا على ذلك أو كانا من أهل العينة، فإن لم يكونا كذلك، فليلح عليه حتى يأخذ منه حقه، قاله أشهب فى كتاب محمد.

مسألة: إذا ثبت أن تعجيل القبض من شرط هذا العقد، فإن كان الثمن طعامًا أو غيره، فلا يجوز أن يؤخره به إلا قدر ما يأتى فى مثله بجمال يحمله، قاله ابن القاسم وأشهب، وكذلك لو كان مما يكال فيه الأيام والشهر، لم يكن بذلك بأس إذا شرع فيه؛ لأن هذه صفة القبض المعجل، ولا يمكن أكثر من ذلك.

مسألة: وإذا أخذ من دينه سكنى دار أو زراعة أرض مأمونة أو عملاً يعمله لـه، فقـد منع ذلك ابن القاسم وجوزه أشهب، وكلاهما روى قوله عن مالك.

وجه القول الأول أن ذمة الذى عليه الدين قد تعلقت به على الصفة التى هو عليهـا، فإذا عارض منه سكنى دار لم تبرأ ذمته من الديـن إلا باستيفاء مـدة السكنى، فـانتقلت ذمته عما كانت عليه، إلا أن يكون حالها مرتقبًا إن استوفيت مدة السكنى برئت.

وإن منع من ذلك مانع، رجع عليها بقيمة الدين، فصارت مشغولة علـى غـير الوجـه الذى كانت عليه مشغولة، وذلك من فسخ الديـن بـالدين؛ لأن معنـى فسـخ الديـن فـى الدين أن يشغل الذمة على غير ما كـانت عليـه مشـغولة بـه، ولذلـك قـالا: لا يجـوز أن يأخذ بدينه ثمرة قد بدا صلاحها، ويتأخر جذاذها.

ووجه قول أشهب ما احتج به من قبضه لرقبة الدار بمنزلة قبضه لمنافعها، والله أعلم.

مسألة: ومن أسلم إلى رجل فى ثوب، ثم زاده على أن يزيـده فـى طولـه، فـلا بـأس بذلك إلى الأجل الأول؛ لأنه سلم بعد سلم، وسواء كـان المسـلم إليـه حائكًـا أو غـيره، قاله مالك،

فإن زاده على أن يزيده فى الصفاقة والطول، فى كتاب محمـد: لا يجـوز ذلـك؛ لأنـه قد نقله إلى صفة أخرى، فاشترى الصفة الثانية بالأولى والزيادة، وإن زاده على أن يزيـده فى العرض.

فصل: وقوله: «**وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير البائع، بمـا شـاء مـن ذهـب أو ورق أو عوض**» فى هـذا فصـلان، أحدهمـا: فـى مراعـاة مـا سـلم مـن رأس المـال. والثانى: فى مراعاة ما باع من المسلم فيه.

فأما رأس المال، فلا يراعى مع بائع أجنبى، فيجوز أن يسـلم دنـانير، ويبيـع بـورق أو غير ذلك؛ لأنه لا يراعى فى البيع من زيد ما ابتيع من عمرو، كبيع النقد.

وأما المسلم فيه، فإنه يجب أن يكون ما باع به مما لا يجوز أن يسلم فـى المبيـع المسـلم فيه، وإلا دخله الفساد؛ لأن ما يأخذه من الثمن عوض لما يبيع من المسـلم فيـه، ويدخـل بيعها التأخير، فيفسد ذلك ما يفسد السلم.

فصل: وقوله: «**يقبض ذلك ولا يؤخره؛ لأنه إذا أخره قبح، ودخله الكالئ بالكـالئ**» معنى ذلك أنه إذا أخر المسلم المبتاع منه بثمن ما باعه منه من المسـلم فيـه دخلـه الكـالئ

بالكالئ؛ لأنه باع ما هو كالئ على المبتاع منه، وتبقى الذمتان مشتغلتين بالعوضين، وذلك فاسد، كما لو تأجل العوضان على البائع والمشترى، وهذه البياعات غير جائزة عند أبى حنيفة والشافعى؛ لأنه لا يجوز عندهما بيع ما ينقل ويحول قبل قبضه.

فصل: وقوله: «**والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينًا على رجل بدين له على رجل آخر**» يريد ما ذكرناه من أن يبيع دينًا له على رجل من رجل آخر بعرض يؤخره عليه، وإنما نعنى بذلك أن هذا من جملة الكالئ بالكالئ؛ لأن هذا هو جميع ما يقع عليه الاسم، بل بيع ثوب إلى أجل بحيوان على بائعه إلى أجل، أدخل فى باب الكالئ بالكالئ، والله أعلم.

مسألة: فإذا بعت دينك على رجل بثمن على غيره، لم يجز تأخيره أيضًا إلا اليوم واليومين فقط.

وفى كتاب محمد: ومن وليته طعامًا أو عرضًا فى ذمة رجل، فلا يجوز أن يؤخره بالثمن يومًا ولا أقل منه، وهو كالصرف. قال محمد: أوما فى الطعام أو فيما باعه من صاحبه، فكما قال، فأما غير الطعام يبيعه ممن هو عليه، فيجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن الدين بالدين معفو عن يسيره، ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار، ويحتاط فى الطعام للمنع من بيعه قبل استيفائه، وأما فسخ الدين فى الدين، فلا يعفى منه عن شىء، ولذلك افترقا، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِيمَنْ سَلَّفَ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ فِي أَرْبَعَةِ أَثْوَابٍ مَوْصُوفَةٍ إِلَى أَجَلٍ فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ تَقَاضَى صَاحِبَهَا فَلَمْ يَجِدْهَا عِنْدَهُ وَوَجَدَ عِنْدَهُ ثِيَابًا دُونَهَا مِنْ صِنْفِهَا، فَقَالَ لَهُ الَّذِى عَلَيْهِ الأَثْوَابُ: أُعْطِيكَ بِهَا ثَمَانِيَةَ أَثْوَابٍ مِنْ ثِيَابِى هَذِهِ: إِنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا أَخَذَ تِلْكَ الأَثْوَابَ الَّتِى يُعْطِيهِ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرِقَا، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ الأَجَلُ، فَإِنَّهُ لا يَصْلُحُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ مَحِلِّ الأَجَلِ، فَإِنَّهُ لا يَصْلُحُ أَيْضًا إِلا أَنْ يَبِيعَهُ ثِيَابًا لَيْسَتْ مِنْ صِنْفِ الثِّيَابِ الَّتِى سَلَّفَهُ فِيهَا[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/١٥٩، وقال: هذا عنده من باب من سلف فى قمح قبل الأجل جاز له عنده أن يأخذا فيئه شعيرًا؛ لأنه تجاوز عنه. وكذلك لو سلف فى شعير=

الشرح: قوله: «**من سلف فى أربعة أثـواب موصوفـة، فـلا بـأس أن يـأخذ منـه عنـد الأجل ثمانية أثواب من جنسها أدون منها**» يقتضى أن رقيق الكتـان جنـس واحـد، وإن اختلفت أثمانه حتى يكون للثوب منه ثمن الثوبين والأكثر لكنه مـن جملـة الرقيـق كمـا أن غليظه جنس مخالف لرقيقه، وإن اختلفت أثمانـه، وتفـاوتت، ولـو اختلفـت أجناسـه باختلاف أثمانه لكان من الكتان أجناس كثيرة، وكذلك حكم سائر أنـواع الثيـاب مـن القطن والصوف والخز والحرير، وغير ذلك، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل أدون من ثيابه، ولا أفضـل لما قدمناه من أنه لا يسلم الجنس من الثياب فى جنسه، ولأنـه يدخلـه فـى أخـذه الأدون ضع وتعجل، ويدخله فى أخذه الأفضل: حط عنى الضمان وأزيدك.

فرع: وهذا فى البيع. فأما القرض والمؤجل، فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل أدنـى؛ لأنه ضع وتعجل. وأما أن يأخذ منـه قبـل الأجـل أفضـل، فجـوزه ابـن القاسـم، ومنعـه أشهب.

قال ابن القاسم: لأن له تعجيل القرض قبل الأجل، فـلا حاجـة بـه إلى أن يحـط عنـه الضمان بزيادة؛ لأنه قادر على أن يحطه بغير زيادة. ومذهب أشهب أنه ليس لـه تعجيلـه إلا باختيار المقرض، فلذلك منع منه.

مسألة: وإذا حل الأجل، جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر عـددًا، فـإن أعطاه أفضل من ثيابه ودرهمًا أو دينارًا، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك. ومعناه إذا كـان رأس المال عينًا، لأنه إذا أخذ منه عينًا مـن جنـس رأس المـال، فقـد آل أمرهمـا إلى عـين مؤجل بعرض وعين من جنسه مؤجل.

مسألة: ولو كانت الزيادة عرضًا، جاز ذلـك. وكذلـك لـو كـان رأس مـال السـلم عرضًا يجوز أن يسلم فى العرض المسلم فيه، وأعطاه عند الأجل أدون من عرضه المسـلم

=فتفضل الذى هو عليه بأن يعطيه فيه قمحًا عند محل الأجل جاز عنده؛ لأنه أحسن إليـه، وليـس ذلك كله عنده بيعًا؛ لأن الشعير والقمح عنده صنف واحدٌ، فكذلك الثيـاب الثمانيـة الـدون إذا كانت من صنف الثياب الأربعة، وجنسها، ولو كان ذلك قبل محل الأجل، أو دخله الأجل كـان كذلك بيعًا للقمح بالشعير من أكل البغل؛ لأنه إذا أعطاه قبل محل الأجل شعيرًا فى القمح، فقـد باع منه الأجل، يفصل ما بين الشعير، والقمح، وأخذ شىء مـن الزيـادة، أو النقصـان مـن أجـل الأجل ربا، فأما الزيادة، فهو الربا بعينه، وأما النقصان، فذلك عندهم؛ لطـرح الضمـان فـى بقيـة الأجل، وهو عندهم من باب ضع، وتعجل. فهذا أصل مالك، رحمه الله فى هذا الباب.

فيه، وبعيرًا أو درهمًا لجاز، لأنه يؤول إلى حيوان وثياب ودرهم إلى أجل، وذلك جائز.

مسألة: ولو كان رأس السلم عينًا، فأخذ المسلم عند الأجل أفضل من ثيابه وزاد عينًا من جنس رأس المال لجاز ذلك؛ لأنه وإن كان فيه عين معجل، وعين مؤجل بعرض معجل، فإن العين المؤجل لما كان يسيرًا ضعفت فيه التهمة، والله أعلم.

ولا يجوز عند الشافعي أن يزيد المسلم درهمًا، ويأخذ أفضل مما يسلم؛ لأنه بيع لا سلم فيه قبل قبضه، وذلك غير جائز عنده، وجوز أبو حنيفة ذلك فى الثياب دون المكيل والموزون، وقد تقدم ذكر ذلك كله.

فرع: فإن كانت الزيادة من المسلم إليه، فلا يفترقان قبل قبضهما لما قدمناه، وإن كانت من المسلم لفضل ما أخذ على ما كان له، جاز أن تتأخر الزيادة، رواه على بن زياد عن مالك؛ لأنه يدخله الكالئ بالكالئ، ولا فسخ عين فى دين، وذلك أن المسلم معجل ما ينتقل إليه، فابتاع الزيادة التى قبضها بثمن مؤخر، وذلك جائز.

مسألة: ولو لقى المسلم المسلم إليه بغير بلد السلم بعد أن حل الأجل، جاز أن يأخذ منه مثل ما له عليه، ولا يأخذ منه أرفع من ذلك، قاله ابن القاسم وأشهب فى المجموعة.

قال أشهب: لأنه إذا أخذ أرفع فهى زيادة لطرح الضمان، وإذا أخذ أدون فهو وضع لتعجيل الحق.

مسألة: ولو لم يحل الأجل، فقد قال ابن القاسم: ليس له أن يأخذ منه مثل ما له، ولا أرفع، ولا أوضع.

وروى ابن عبدوس عن سحنون: أن ذلك جائز.

وجه القول الأول ما رواه ابن المواز عن ابن القاسم أنه يدخله قبل الأجل ما يدخله فى أرفع وأدنى، لأن المسلم وضع المسافة ليتعجل له حقه، والمسلم إليه زادها ليزول عنه الضمان، فيدخله الوجهان، والله أعلم.

وجه قول سحنون إن أخذ المثل قبل الأجل جاز، وليس للملك تأثير إلا مثل تأثير الأجل، وكل واحد منهما إذا انفرد لم يمنع قبض المثل، فكذلك إذا اجتمعا، وقول الجمهور على ما تقدم من قول ابن القاسم.

* * *

بَيْعِ النُّحَاسِ وَالْحَدِيدِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا مِمَّا يُوزَنُ

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا كَانَ مِمَّا يُوزَنُ مِنْ غَيْرِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ مِنَ النُّحَاسِ وَالشَّبَهِ(*) وَالرَّصَاصِ وَالآنُكِ وَالْحَدِيدِ وَالْقَضْبِ وَالتِّينِ وَالْكُرْسُفِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُوزَنُ، فَلا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ رِطْلُ حَدِيدٍ بِرِطْلَيْ حَدِيدٍ، وَرِطْلُ صُفْرٍ بِرِطْلَيْ صُفْرٍ(١).

قال مالك: وَلا خَيْرَ فِيهِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفَانِ مِنْ ذَلِكَ، فَبَانَ اخْتِلافُهُمَا، فَلا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنْ كَانَ الصِّنْفُ مِنْهُ يُشْبِهُ الصِّنْفَ الآخَرَ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الاسْمِ مِثْلُ الرَّصَاصِ وَالآنُكِ وَالشَّبَهِ وَالصُّفْرِ، فَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ.

الشرح: معنى قوله: «**وذلك أن المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء والحديد والرصاص والنحاس، فإنه يجوز فيه التفاضل يدًا بيد، ويحرم فيه التفاضل مع الأجل في الجنس الواحد منه**» لما قدمناه قبل هذا.

فصل: «**وإن كان الصنف يشبه الصنف الآخر، وإن اختلفا في الاسم كالرصاص والآنك(*)، فإني أكره أن يباع منه واحد باثنين إلى أجل**» يريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة كالآنك والرصاص. زاد ابن بن حبيب: والقزدير، فإنه جنس واحد في هذا الباب، وكذلك الشبه والصفر والنحاس جنس واحد، والحديد لينه وذكيره جنس واحد، وإنما يختلف بالعمل، فإذا عمل الحديد سيوفًا أو سكاكين، أو النحاس أواني، فإنه يصير أصنافًا باختلاف المنافع والصور.

فصل: وقوله: «**فإني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد**» لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه ببعض نقدًا متفاضلاً في ذلك كله، إلا ما ذكره أصحابنا عن مالك في منع التفاضل في الفلوس.

واختلفوا في تأويل ذلك، فمنهم من قال: منعه على الكراهية، ومنهم من قال: منعه على التحريم.

(*) الشبه: ضرب من النحاس يقال له اللاطون.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ومايلي برقم ١٣٢٨. والصفر: النحاس المصنوع الأصفر.

(*) الآنك: القزدير. وقال الخليل: الآنك: الأسرب، والقطعة منها انكة.

وجه الكراهية أن السكة فى النحاس صناعة لا تخرجه عن أصله، فلم تنقله من إباحة التفاضل إلى تحريمه كصناعته طسوتًا وأوانى.

ووجه رواية التحريم أن السكة نوع يختص بالأثمان، فوجب أن تؤثر فى تحريم التفاضل كجنس الذهب والفضة، ومن نسب مالكًا فى هذا القول إلى المناقضة، فلم يتبين، وجه الحكم، والله أعلم.

قال مالك: وَمَا اشْتَرَيْتَ مِنْ هَذِهِ الأَصْنَافِ كُلِّهَا، فَلا بَأْسَ أَنْ تَبِيعَهُ قَبْلَ أَنْ تَقْبِضَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِى اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ إِذَا قَبَضْتَ ثَمَنَهُ، إِذَا كُنْتَ اشْتَرَيْتَهُ كَيْلا أَوْ وَزْنًا، فَإِن اشْتَرَيْتَهُ جزَافًا، فَبِعْهُ مِنْ غَيْرِ الَّذِى اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ بِنَقْدٍ أَوْ إِلَى أَجَلٍ، وَذَلِكَ أَنَّ ضَمَانَهُ مِنْكَ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ جزَافًا، وَلا يَكُونُ ضَمَانُهُ مِنْكَ إِذَا اشْتَرَيْتَهُ وَزْنًا حَتَّى تَزِنَهُ وَتَسْتَوْفِيَهُ، وَهَذَا أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَيَّ فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ كُلِّهَا، وَهُوَ الَّذِى لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا(١).

الشرح: معنى قوله: **«وذلك أن المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء».**

وقوله: **«وما اشتريت من هذه الأصناف كيلاً أو وزنًا، فبعه من غير بائعه إذا قبضت ثمنه»** يريد أنه لا يكون لك بيعه بثمن مؤجل ما لم تستوفه بالكيل أو الوزن كأنه، وإن كان حاضرًا معينًا، فإنه من ضمان البيع حتى توفيه، فصار من الكالئ بالكالئ، وإن اشتراه جزافًا، جاز بيعه بثمن مؤجل؛ لأنه بنفس العقد يكون فى ضمان المبتاع، ولا تعلق له بضمان البائع، وهذا مذهب مالك رحمه الله، فى المبيع الحاضر الذى هو من ضمان المشترى بنفس العقد.

فأما الغائب الذى يكون من ضمان البائع [.......](١).

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا لا يُؤْكَلُ وَلا يُشْرَبُ مِثْلُ الْعُصْفُرِ(*) وَالنَّوَى(*) وَالْخَبَطِ(*) وَالْكَتَمِ(*) وَمَا يُشْبِهُ ذَلِكَ، أَنَّهُ لا بَأْسَ بِأَنْ يُؤْخَذَ

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦٣/٢٠.

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

(*) العصفر: نوار معروف، وصبغ معلوم.

(*) النوى: فنوى التمر، يرضخ بالمراضخ، فتعلفه الإبل.

(*) الخبط: هو ورق الشجر يجمع ويدق، وتعلفه الإبل.

مِنْ كُلِّ صِنْفٍ مِنْهُ اثْنَان بوَاحِدٍ يَدًا بيَدٍ، وَلا يُؤْخَذُ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنْهُ اثْنَان بوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِن اخْتَلَفَ الصِّنْفَان، فَبَانَ اخْتِلافُهُمَا، فَلا بَأْسَ بأَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُمَا اثْنَان بوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ، وَمَا اشْتُرِىَ مِنْ هَذِهِ الأَصْنَافِ كُلِّهَا، فَلا بَأْسَ بأَنْ يُبَاعَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى إِذَا قَبَضَ ثَمَنَهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِهِ الَّذِى اشْتَرَاهُ مِنْهُ.

قال مالك: وَكُلُّ شَىْءٍ يَنْتَفِعُ بِهِ النَّاسُ مِنَ الأَصْنَافِ كُلِّهَا، وَإِنْ كَانَتِ الْحَصْبَاءَ وَالْقَصَّةَ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِثْلَيْهِ إِلَى أَجَلٍ، فَهُوَ رِبًا، وَوَاحِدٌ مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ وَزِيَادَةُ شَىْءٍ مِنَ الأَشْيَاءِ إِلَى أَجَلٍ، فَهُوَ رِبًا.

الشرح: قوله: «**إن ما ليس بمطعوم ولا ثمن، فإنه يجوز بيعه بجنسه يدًا بيد، متساويًا متفاضلاً، ولا يجوز متفاضلاً إلى أجل، ويجوز التفاضل فى الجنس إلى أجل**» وقد تقدم ذلك.

وقوله: «**وكل ما ينتفع به الناس وإن كان الحصباء والقصة، فكل واحد منهما بمثله إلى أجل ربا**»[1]. وقد قال ابن حبيب: إن التراب الأبيض والتراب الأسود صنفان، قال: وكذلك الجير والتراب الأبيض، قال: وكذلك العمد بالصخر، والكذان بالرخام، والجندل بالحجارة، والحجارة بالحصباء، قال: فهذا كله مختلف، يجوز فيه التساوى والتفاضل إلى أجل. وقال غيره: ما استوت منافعه كالجندل بالحجارة، لم يجز ذلك فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وواحد منهما بمثله، وزيادة شىء من الأشياء إلى أجل ربًا**» يريد أن ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل إلى أجل، فإنه لا يجوز، وإن كان ذلك الفضل من غير ذلك الجنس، وربما كان منفعة أو عملاً، فإنه لا يجوز ذلك فيه، وبالله تعالى التوفيق.

* * *

(*) الكتم: شجرة يخضب بها الشعر مع الحناء.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار: إنما جعله ربا؛ لأنه عنده سلفٌ جر منفعة اشتراطها، وازدادها على ما أعطى إلى أجلٍ فى الصنف الواحد.

النَّهْي عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ

١٣٤٣ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

الشرح: نهيه ﷺ عن بيعتين في بيعة، محمول على ظاهره من التحريم. وقال الفقهاء في معنى «**بيعتين في بيعة**»[1]: أن يتناول عقد البيع بيعتين، على أن لا تتم منهما

١٣٤٣ - أخرجه الترمذي رقم ١٢٣١، ٣/٥٢٤ كتاب البيوع، عن أبي هريرة. والنسائي: ٧/٢٦٠ كتاب البيوع باب بيع المنابذة، عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري. وأحمد ٢/١٧٤، ٤٣٢، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. والبغوي بشرح السنة ٨/١٤٢، عن أبي هريرة. والبيهقي ٥/٣٤٢، عن أبي هريرة.

قال ابن عبد البر في التمهيد ٨/١٣٢: وهذا يتصل ويستند من حديث ابن عمر، وأبي هريرة، وابن مسعود، عن النبي ﷺ من وجوه صحاح، وهو حديث مشهور، عن جماعة الفقهاء، معروف غير مرفوع عند واحد منهم: حدثنا سعيد بن نصر، ويحيى بن عبدالرحمن، قالا: حدثنا محمد بن عبدالله بن أبي دليم، قال: حدثنا محمد بن وضاح، قال: حدثنا يحيى بن معين، حدثنا هشيم، أخبرنا يونس، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. وحدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا أحمد بن الزهير، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا هشيم، عن يونس بن عبيد، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. وحدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يحيى بن أبي زائدة، عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة. وأخبرنا محمد بن عبدالله، قال: حدثنا الميمون بن حمزة، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا المزني، قال: حدثنا الشافعي، قال: حدثنا الدراوردي، عن محمد بن عمرو ابن علقمة، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. وأخبرنا عبدالرحمن بن مروان، قال: حدثنا أبو محمد القلزمي، قال: حدثنا ابن الجارود، قال: حدثنا عبدالله بن هاشم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن محمد ابن عمرو، عن أبي سلمة بن عبدالرحمن، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. وأخبرنا إبراهيم بن شاكر، حدثنا محمد بن أحمد، حدثنا محمد بن أيوب، حدثنا أحمد ابن عمرو البزار، حدثنا الفضل بن سهل، حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا شريك، عن سماك بن حرب، عن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود، عن أبيه، أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. وأخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، عن يحيى بن زكرياء، عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا».

(١) يعرف هذا النوع من البيع بأن يقول: بعتك بألفين نسيئة، وبألف نقدًا، فأيهما شئت=

إلا واحدة مع لزوم العقد، فهذا هو معنى بيعتين فى بيعة، مثل أن يتبايعا هذا الثوب، وهذا الآخر بدينارين، على أن يختار أحدهما أى ذلك شاء، وقد لزمهما ذلك، أو لزم أحدهما، فهذا يوصف بأنه بيعتان؛ لأنه قد عقد بيعة فى الثوب الذى بالدينارين وبيعة أخرى فى الثوب الذى بالدينار، ولم تجمعهما صفقة؛ لأنه لا يتم البيع فيهما، ويوصف بأنه فى بيعة؛ لأنه إحدى البيعتين، فمثل هذا لا يجوز، سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين خلافًا لعبد العزيز بن أبى سلمة فى تجويزه ذلك بالنقد الواحد.

والدليل على ما نقوله من نهيه ﷺ عن بيعتين فى بيعة، ونهيه يقتضى فساد المنهى عنه.

ومن جهة المعنى ما احتج به مالك من أنه يقدر عليه أنه قد أخذهما بالدينارين، ثم تركه، وأخذ الثانى، ودفع دينارين، فصار إلى أن باع ثوبًا ودينارًا بثوب ودينارين.

مسألة: وأما إن كان ذلك بثمن واحد، مثل أن يبيعه أحدهما هذين الثوبين، يختار أيهما شاء بدينار، وقد لزمهما ذلك، أو لزم البائع، فحقيقة المذهب الجواز.

وفى كتاب محمد، قال مالك: لا خير فيه.

قال محمد: ومكروه ذلك أن يختلف الثوبان، كانا من صنف واحد أو من صنفين، اتفق الثمن أو اختلف.

ومعنى ذلك إذا كانا من صنفين، فأما إذا كانا من صنف، فإن كان بينهما تفاضل يسير، فهذا لا يكاد يسلم منه كل ثوبين، وإن كان بينهما تفاوت فى الجودة، فهذا الذى ذهب إليه مالك، وبه قال فى كتاب محمد: إن كانت السلعتان مما يجوز أن تسلم إحداهما فى الأخرى، لم يجز ذلك على إلزام إحداهما، فهذا يقتضى أنه إذا كانت إحداهما من الخيل السابقة أو من رقيق الثياب، والثانية من حواشى الخيل وغليظ

=أخذت به. وله تأويل آخر بأن يقول: بعتك منزلى، على أن تبيعنى فرسك. وقال الشافعية والحنابلة: إن هذا العقد باطل، لأنه من بيوع الغرر بسبب الجهالة، لأنه لم يجزم البائع ببيع واحد فأشبه ما لو قال: بعتك هذا أو هذا؛ ولأن الثمن مجهول فلم يصح البيع بالرقم المجهول. وقال الحنفية: البيع فاسد، لأن الثمن مجهول لما فيه من تعليق وإبهام دون أن يستقر الثمن على شىء. ولو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين، صح العقد.

وانظر هذه المسألة فى: المغنى ٢٣٤/٤. مغنى المحتاج ٣١/٢. رد المحتار ٣٠/٤. الفقه الإسلامى وأدلته ٤٧٢/٤. بداية المجتهد ١٥٣/٢. المهذب ٢٦٧/١.

الثياب لم يجز؛ لأن هذا مما تسلم إحداهما فى الأخرى، إلا أن مثل هذا لا يكاد يقع على وجه التخيير؛ لأن واحد يعلم أن الأفضل هو لخيار المشترى، إلا أن يريد بذلك أن يكونا جميعًا من الكتان، ويكون أحدهما شقة، والآخر ثوبًا مفصلاً، بحيث تختلف فيهما الأغراض، فقد يأخذ الأدون المشترى لغرضه فيه، ويأخذ الأجود لفضله، فيدخل هذا الغرر.

فرق: فإذا قلنا بجواز ذلك، وهو الأظهر، فما الذى يخرج هذا عن أن يكون من بيعتين فى بيعة، يحتمل ذلك وجهين، أحدهما: أن يكون من بيعتين فى بيعة، ولكنه مخصوص بالدليل لتعريه من الغرر.

والثانى: أنه ليس من بيعتين فى بيعة؛ لأن معنى بيعتين فى بيعة أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها، مختصة كل واحدة منهما بغرض غير غرض الأخرى، وذلك موجود إذا اختلف الثمنان، أو اختلف المبيعان للجنس، أو لتباين الجودة التى لا يتساوى معها الثمن فيها.

فإذا تساوى الثمنان، وتساوت الجودة أو تقاربت تقاربًا يكون فى معنى التساوى، فإنه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض، فلم تكن بيعة، ولذلك لا يقال لمن اشترى قفيز حنطة من صبرة أنه من باب بيعتين فى بيعة، ولا بيع كسرة.

ولا خلاف فى المذهب أنه يجوز أن يشترى عشرة أكبش يختارها من عشرين كبشًا معينة، وإن كنا لا نشك أنه لا يكاد أن يتفق تساويهما، ولكنه يتقارب كثير منها مع تساوى الغرض فيها أو تقاربه، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ما قلناه، فمن اشترى أحد ثوبين على أن يختار من أحدهما، فقبضهما على أن يختار، فإن له أن يختار مدة ما ضربا لذلك، فإن هلك أحدهما أو أصابه، عيب، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يختار أو بعده.

فإن كان ذلك قبل أن يختار، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: الهالك المعيب بينهما، والسالم بينهما.

وقال ابن القاسم: يضمن نصف التالف منهما، وأنكر ذلك ابن حبيب، وقال: بل يضمن جميع ثمنه، قال: وقاله لى من كاشفته من أصحاب مالك. وقال أشهب فى النوادر: وإذا غاب على الثوبين، فهو ضامن لهما، وأما فى العبدين، فلا ضمان عليه فى الهالك، ويلزمه الباقى، والذى عنه فى المدونة: أن له أن يأخذ الباقى أو يرده.

وجه قول مالك وابن القاسم أنه قبضهما على وجه الاختيار، فلم يضمن إلا بقدر ما له فيهما من جهة الغرر، ألا ترى أنه لو كان له قبل رجل دينار، فدفع إليه ثلاثة دنانير ليراها، ويأخذ واحدا منها، فضاعت، فإنه لا يضمن إلا واحدًا منها.

ووجه قول ابن حبيب ما احتج به من أنه أخذ كل واحد من الثياب بالخيار، فإذا لم تقم بينة بضياعه، وجب أن يضمنه، ألا ترى أنه لو اشترى ثوبين على أنه بالخيار إن شاء أخذ أحدهما، وإن شاء ردهما، فضاع الثوبان أو أحدهما، فإن قول ابن القاسم أنه يضمن ما ضاع منهما.

وفرق ابن القاسم بينهما أنه إذا ابتاع الثوبين على أنه بالخيار، فقد تناولها البيع أو أحدهما على وجه واحد، فوجب أن يضمنهما، وإذا اشترى أحدهما على أن يختاره من ثوبين، فإن الشراء تناول أحدهما، وقبض الآخر على وجه الأمانة المحضة، فلم يضمنه.

مسألة: ومن كان له على رجل دينار، فأعطاه ثلاثة دنانير ليزنها، ويأخذ منها واحدًا، فضاعت، روى ابن حبيب عن أصحاب مالك، أنه لا يضمن إلا واحدًا منها، وذلك إذالم يشك أن فيها وازنًا.

فأما ما إذا جهل ذلك، وضاعت قبل الوزن، فلا يضمن شيئًا منها، ويحلف أنه ما علم أن فيها وازنًا. وفي المدونة، فيمن كان له على رجل دينار، فيعطيه ثلاثة نانير، يختار أحدها، فيذكر أنه تلف أحدها: أنه يكون شريكًا.

قال سحنون: ومعنى ذلك أنه لم يعرف تلفه إلا بقوله لمعنى رواية ابن حبيب: أنه لا يضمن إذا لم يعرف أن فيها ما يكون وفاء لحقه؛ لم يقبضه على الاستيفاء، فإذا عرف أن فيها وفاء لحقه، ضمن منها بقدر حقه؛ لأن الباقي إنما دفع إليه على وجه التبرع والوديعة المحضة، بخلاف من اشترى ثوبًا بالخيار من ثوبين، فإن حقه متعلق بكلا الثوبين حتى يختار، وعلى ذلك قبضه، وليس كذلك من كان له على رجل دينار، فدفع إليه ثلاثة دنانير ليستوفي منها حقه، فإنه لم يكن استحقاق عليه أن يدفع إليه غير دينار واحد فيه وفاء عن حقه.

وجه قول سحنون أيضًا أنه إنما قبضه ليختار، فإذا قامت بينة بضياعه، فلا ضمان عليه كسلعة أخذها بشراء الخيار لربها، وإن لم تقم بينة بضياعها ضمنها؛ لأن قبضها لمنفعة نفسه، وهو مما يغاب عليه.

مسألة: وإذا قلنا إن من ابتاع ثوبًا بالخيار من ثوبين، فضاع أحدهما، أن عليه نصف ثمنه، فهل يكون له أن يأخذ الباقى بالثمن أو يرده، قال ابن القاسم فى المدونة عن مالك، فى الثوب: له أن يرد الباقى.

وقال ابن القاسم: وللمشترى أن يأخذ الباقى فى أيام الخيار، وما قرب منها. وروى ابن المواز عن مالك: أن عليه نصف المعيب إن دخل أحدهما عيب، ونصف الباقى فى السالم.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن تلف أحدهما؛ فله رد الباقى، وغرم نصف ثمن التالف، وإن أراد إمساك الباقى، فليس له إلا نصفه، إلا أن يرضى البائع بذلك.

وجه قول المدونة أنه لم يتقدم اختياره، وهو فى مدة الاختيار، جاز له أن يختار الباقى، فيضمن الأول لما قبضه للاختيار، وغاب عليه، وله أن يرده فيكون اختياره متعلقًا بالتالف؛ لأنه لما تلف قبل اختياره، لم يضمن جميعه بالثمن، ولا يجوز له أن يختار بعد مدة الخيار الباقى؛ لأن اختياره فى غير مدة الاختيار.

ووجه رواية ابن المواز ما احتج به ابن القاسم أنه قد لزم نصف الثوب التالف، فلا يكون له أن يختار الثوب الباقى، فيصير إليه ثوب ونصف، وإنما ابتاع ثوبًا واحدًا.

فرع: فإذا قلنا يضمن التألف، قال ابن القاسم: يضمن نصفه بنصف الثمن. وقال أشهب فى النوادر: إن أخذ الباقى كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة، وإن رده، فالتالف عليه بالأقل من الثمن أو القيمة.

فصل: ولو قال المبتاع: إنما ضاع أحدهما بعد أن اخترت الباقى، فالقول قوله، ويحلف ولا شىء عليه، فى التألف، قاله أصبغ فى كتاب محمد.

ووجه ذلك أنه مؤتمن على الاختيار، ولم أشهد على اختياره أحد الثوبين بغير محضر البائع، ثم ادعى هلاك الثانى.

قال ابن حبيب: ابن القاسم لا يضمنه، ومن سواه من أصحاب مالك يضمنه، وهو الصواب.

قال الشيخ أبو محمد: هكذا فى كتاب ابن حبيب، فإن كان يريد أنه يختار أحدهما، فهو قول ابن القاسم، وإن كان يريد أنه يختارهما أو يردهما، فليس بقول ابن القاسم.

١٣٤٤ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا قَالَ لِرَجُلٍ: ابْتَعْ لِى هَذَا الْبَعِيرَ بِنَقْدٍ حَتَّى أَبْتَاعَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، فَكَرِهَهُ وَنَهَى عَنْهُ.

الشرح: قوله: «ابتع لى هذا البعير بنقد» فابتاعه منه إلى أجل، أدخله فى باب بيعتين فى بيعة، ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد، إنما يشريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع، تضمن بيعتين إحداهما الأولى، وهى بالنقد، والثانية المؤجلة، وفيها مع ذلك بيع ما ليس عنده؛ لأن المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه، وفيها سلف بزيادة، لأنه يبتاع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين إلى أجل، يتضمن ذلك أنه سلفه عشرة فى عشرين إلى أجل، وهذه كلها معان تمنع جواز البيع، والعينة فيها أظهر من سائرها، والله أعلم.

وقال عيسى: سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين فى بيعة، فقال: بيعتان فى بيعة أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير، وأصل يبنى عليه، ومما يعرف به مكروههما أن يتبايعا بأمرين إن فسخت أحدهما فى الآخر كان حرامًا، وإن فسخت أحدهما فى الآخر كان غررًا.

قال عيسى: فالأول أن يبيعه سلعة بدينار نقدًا أو بدينارين إلى أجل، فهذا إن فسخت أحدهما فى الآخر كان حرامًا. والثانى أن يبيعه سلعة بثوب أو شاة، فهذا إن فسخ أحدهما فى الآخر كان غررًا، فإن وقع ذلك فسخ، إلا أن يفوت عند المبتاع، فتجب فيه القيمة.

مسألة: وإن وقع ما ذكره من أن يتفقا على أن يبتاع له البعير، فيبيعه منه، روى عيسى عن ابن القاسم: إن باعه منه بمثل الثمن الذى ابتاعه به، فلا بأس به؛ لأنه أسلفه الثمن، ولا خير فى أن يبيعه منه بأكثر مما ابتاعه، ويفسخ البيع إلا أن تفوت السلعة، فيكون لبائعه قيمتها نقدًا أو بما ابتاعها، هذا المشهور من المذهب.

وروى ابن القاسم عن مالك أنها تلزمه الاثنا عشر، ولا يفسخ البيع؛ لأن المأمور كان ضامنًا للسلعة.

١٣٤٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٣٠، وقال: هذا الحديث عند مالك فيه وجهان: أحدهما: العينة، وقد تقدم تفسيرها بمثل هذا الحديث عند مالك، عن ابن شهاب، وغيره. والثانى: أنه من باب بيعتين فى بيعة؛ لأنها صفقة جمعت بيعتين، أصلها البيعة الأولى.

قال ابن القاسم: وأحب إلىّ لو تورع عن أخذ ما ازداد. وقال عيسى: وأحب إلىّ أن يفسخ، إلا أن تفوت، فتكون فيها القيمة لبائعها، والله أعلم.

١٣٤٥ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى سِلْعَةً بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نَقْدًا أَوْ بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، فَكَرِهَ ذَلِكَ وَنَهَى عَنْهُ.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ ابْتَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ نَقْدًا أَوْ بِخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، قَدْ وَجَبَتْ لِلْمُشْتَرِى بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ: إِنَّهُ لا يَنْبَغِى ذَلِكَ؛ لأَنَّهُ إِنْ أَخَّرَ الْعَشَرَةَ كَانَتْ خَمْسَةَ عَشَرَ إِلَى أَجَلٍ، وَإِنْ نَقَدَ الْعَشَرَةَ كَانَ إِنَّمَا اشْتَرَى بِهَا الْخَمْسَةَ عَشَرَ الَّتِى إِلَى أَجَلٍ.

الشرح: وهذا على ما قاله أنه إذا اختلف الثمنان، واختلف البيعتان بالنقد والتأجيل، فقد وضح أنهما بيعتان تضمنتهما بيعة، وذلك يمنع صحة العقد، وقد دللنا على أنه لا يجوز ذلك مع اختلاف الثمن فقط، فبأن لا يجوز مع اختلاف الثمن واختلافهما بالنقد والأجل أولى.

وفسر ذلك مالك[1] بأن من له الخيار منهما إن أنفذ البيع بعشرة نقدًا، فقد أخذ ذلك بخمسة عشر مؤجلة يتركها، وإن أنفذ البيع بخمسة عشر مؤجلة، فقد أخذها بعشرة نقدًا تركها، ولا يجوز ذلك، وهذا إنما هو من باب الذريعة لتجويز أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولاً إنفاذ ذلك العقد بأحد الثمنين، ثم بدا له، فلم يظهر ذلك، وعدل إلى الآخر، وهذا مما لا يكاد أن يسلم منه مع الترجيح فى أفضل الأمرين، وحاجتهما إليها أو إلى أحدهما، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**وقد وجبت للمشترى بأحد الثمنين**» يقتضى أن ذلك علة الفساد. وقد حكى ابن المواز عن مالك أنه لزم ذلك المشترى لخيار البائع، أو البائع لخيار المشترى فى أحد الثمنين أو رد السلعة، فهو بيعتين فى بيعة، قال: ولو كان كل واحد منهما بالخيار، لجاز ذلك، وإن اختلف صنف الثوبين أو اتفقا إذا اختلف الثمنان أو اتفقا.

١٣٤٥ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٣١.

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/١٧٥: قد فسر مالك مذهبه فى معنى النهى عن بيعتين فى بيعة واحدة وأن ذلك عنده على ثلاثة أوجه: أحدها: العينة. والثانى: أنه يدخله مع الطعام من جنس واحد متفاضلاً. والثالث: أنه من بيوع الغرر، ونحو ذلك.

ووجه ذلك أنه لم ينعقد بينهما شيء، وهما على ما كانا عليه قبل أن يأخذ في ذلك في أن كل واحد منهما بالخيار.

ووجه آخر، وهو أن هذه حال المساومة، وللرجل أن يساوم الآخر في عدد سلع مختلفة الأجناس والأثمان.

مسألة: فإن أتى البائع بلفظ الإيجاب لم يثبت التخيير في ذلك إلا بالتصريح به، وأما إذا قال له: خذ هذا الثوب إن شئت بدينار، أو هذه الشاة بدينار، ولم يزد على ذلك، لم يجز؛ لأنه قد ألزم البيع في أحدهما بغير خيار، فهو إيجاب فاسد، قاله مالك.

وروى أشهب عن مالك جواز ذلك. قال محمد: رواية أشهب الأولى عن مالك أصح، وهي رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك.

وكذلك لو قال له المشتري: قد أخذت لكان قبولاً فاسدًا؛ لاستناده إلى الإيجاب الفاسد ولتعريه من معنى التخيير والمساومة، قال معنى ذلك كله، محمد، وبينه في التفسير عيسى عن ابن القاسم، قال: ولفظ الإيجاب أن يقول له: خذها بكذا وكذا، أو يقول له: هي لك بكذا، قال عيسى: وكذلك أعطيتكها بكذا، أو بعتكها بكذا، وأما إذا لم يتلفظ بإيجاب، وإنما تلفظ بلفظ المساومة مثل أن يقول: أنا أبيع هذا الثوب بدينار، وأبيع هذا الآخر بدينارين، أو يقول له المشتري: بكم سلعتك هذه، فيقول: بدينار نقدًا، فيقول له: وبكم تبيعها إلى أجل، فيقول: بدينارين، فاشترى بأحدهما، لم يكن بذلك بأس.

مسألة: ويجوز أن يفترقا على أنهما بالخيار، أو على أن أحدهما بالخيار، أو على أن البيع قد لزمهما مع تساوي الثوبين والثمنين على أن الاختيار لأحدهما، خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: لا يجوز أن يفترقا إلا على ثمن معلوم.

والدليل على ما نقوله أن الثمن معلوم، ودخول الاختيار في أحد الثوبين لا تأثير له في الثمن، وإنما يعود لعدم تعيين المبيع، وذلك يمنع صحة العقد كما لو اشترى منه قفيز قمح من جملة صبرة فيها أقفزة.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً بِدِينَارٍ نَقْدًا أَوْ بِشَاةٍ مَوْصُوفَةٍ إِلَى أَجَلٍ، قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ: إِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ لا يَنْبَغِي؛ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدْ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَهَذَا مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: أَشْتَرِي مِنْكَ هَذِهِ الْعَجْوَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا أَوِ الصَّيْحَانِيَّ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ أَوِ الْحِنْطَةَ الْمَحْمُولَةَ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا أَوِ الشَّامِيَّةَ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ بِدِينَارٍ، قَدْ وَجَبَتْ لِي إِحْدَاهُمَا: إِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ لا يَحِلُّ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ أَوْجَبَ لَهُ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ صَيْحَانِيًّا، فَهُوَ يَدَعُهَا، وَيَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنَ الْعَجْوَةِ أَوْ تَجِبُ عَلَيْهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنَ الْحِنْطَةِ الْمَحْمُولَةِ فَيَدَعُهَا، وَيَأْخُذُ عَشَرَةَ أَصْوُعٍ مِنَ الشَّامِيَّةِ، فَهَذَا أَيْضًا مَكْرُوهٌ لا يَحِلُّ، وَهُوَ أَيْضًا يُشْبِهُ مَا نُهِيَ عَنْهُ مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَهُوَ أَيْضًا مِمَّا نُهِيَ عَنْهُ أَنْ يُبَاعَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ مِنَ الطَّعَامِ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ.

الشرح: قوله: «**من باع من رجل سلعة بدينار نقدًا أو بشاة موصوفة إلى أجل وذلك مكروه من بيعتين فى بيعة**» على ما تقدم؛ لأن الثمنين قد اختلفا فى الجنس والقدر، وإن اختلفا فى الأجل والنقد، ولو اختلفا بأحدهما لفسد العقد، ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود أو بالنقد والتأجيل، فهو من بيعتين فى بيعة الذى نهى رسول الله ﷺ عنه.

فصل: وقوله: «**فى الذى يشترى العجوة خمسة عشر صاعًا أو الصيحانى عشرة أصوع: إن ذلك مكروه**» على ما قدمناه من أن اختلاف جنس أحد العوضين يمنع صحة العقد، فلما كان أحد التمرين صيحانيًا وعشرة أصوع، والآخر عجوة وخمسة عشر صاعًا، دخله الفساد من وجهين، من جهة القدر المقصود، ومن جهة الجنس.

ولو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد، وقدر واحد، فيقول له: ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدينار، وعقدا بيعهما على ذلك، لم يجز، رواه ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أنه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه يجوز عليه أنه قد رضى بأحدهما، ثم انتقل عنه إلى الآخر، فباع الأول قبل استيفائه الثانى.

مسألة: ولو لم يكن فيه حق استيفاء، فقد قال مالك، فيمن باع من رجل تمر حائطه على أن يختار منه البائع ثلاث نخلات: إن ذلك جائز، ومنع منه ابن القاسم.

فصل: وقوله: «**وقد يشبه ما نهى عنه من بيعتين فى بيعة**» قد تقدم القول فيه. وقال

عيسى بن دينار عن ابن القاسم: وأما شرطان فى شرط، بأن يقول الرجل للرجل: احمل كتابى هذا إلى بلد كذا، فإن بلغته فى يومين، فلك كذا، وإن تأخرت عن ذلك، فلك كذا الأقل منه، فهذان شرطان فى شرط، وهو من بيعتين فى بيعة، وقاله أصبغ.

* * *

بَيْع الْغَرَرِ

١٣٤٦ - مَالِك، عَنْ أَبِى حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.

قال مالك: وَمِنَ الْغَرَرِ وَالْمُخَاطَرَةِ أَنْ يَعْمِدَ الرَّجُلُ قَدْ ضَلَّتْ دَابَّتُهُ أَوْ أَبَقَ غُلامُهُ وَثَمَنُ الشَّىْءِ مِنْ ذَلِكَ خَمْسُونَ دِينَارًا، فَيَقُولُ رَجُلٌ: أَنَا آخُذُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِينَارًا، فَإِنْ وَجَدَهُ الْمُبْتَاعُ ذَهَبَ مِنَ الْبَائِعِ ثَلاثُونَ دِينَارًا، وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ذَهَبَ الْبَائِعُ مِنَ الْمُبْتَاعِ بِعِشْرِينَ دِينَارًا.

قال مالك: وَفِى ذَلِكَ عَيْبٌ آخَرُ إِنَّ تِلْكَ الضَّالَّةَ إِنْ وُجِدَتْ لَمْ يُدْرَ أَزَادَتْ أَمْ نَقَصَتْ أَمْ مَا حَدَثَ بِهَا مِنَ الْعُيُوبِ، فَهَذَا أَعْظَمُ الْمُخَاطَرَةِ.

١٣٤٦ - أخرجه أبو داود برقم ٣٣٧٦ ٣/٢٥٢ كتاب البيوع، عن أبى هريرة. والترمذى برقم ١٢٣٠، ٣/٥٢٣ كتاب البيوع باب كراهية بيع الغرر، عن أبى هريرة. وابن ماجه ٢١٩٤، ٢/٧٣٩ كتاب التجارات، عن أبى هريرة. وأحمد ٢/١٤٤، عن ابن عمر. وابن أبى شيبة ٦/١٣٢، عن أبى هريرة. والدارقطنى ٣/١٥، عن ابن عباس. وذكره فى المجمع ٤/٨٠، عن سهل وعزاه للطبرانى. والبيهقى ٥/٣٣٨، عن سعيد بن المسيب. والطبرانى فى الكبير ١١/١٥٤، عن ابن عباس. وأبو نعيم فى الحلية ٧/٩٤، عن ابن عمر. والبغوى بشرح السنة ٨/١٣١، عن سعيد بن المسيب.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/١٣٥: هكذا هذا الحديث فى الموطأ بهذا الإسناد مرسل، لم تختلف الرواة عن مالك فيه فيما علمت، وقد روى فيه أبو حذافة، عن مالك إسنادا منكرًا، عن نافع، عن ابن عمر: حدثنا خلف بن القاسم، حدثنا الحسن بن على المطرز، حدثنا أحمد بن الحسن بن هارون، حدثنا أبو حذافة، حدثنا مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر. وقال ابن عبدالبر: هذا منكر الإسناد لا يصح، والصحيح فيه عن مالك، ما فى الموطأ، عن أبى حازم، عن سعيد مرسلا، وهو حديث يتصل ويستند من حديث أبى هريرة بنقل الثقات الأثبات.

الشرح: نهيه ﷺ عن بيع الغرر، يقتضى فساده، ومعنى بيع الغرر والله أعلم، ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر، فهذا الذى لا خلاف فى المنع منه.

وأما يسير الغرر، فإنه لا يؤثر فى فساد عقد بيع، فإنه لا يكاد يخلو عقد منه، وإنما يختلف العلماء فى فساد أعيان العقود لاختلافهما فيه من الغرر، وهل هو من حيز الكثير الذى يمنع الصحة أو من حيز القليل الذى لا يمنعها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد والعوض والأجل. فأما المبيع والثمن؛ فأن يكون أحدهما مجهول الصفة حين العقد كشراء الأجنة واشتراطها.

قال مالك: لا خير فى بيع الرمكة على أنها عقوق، وكذلك الغنم والإبل، إلا أن يقول إنها عقوق، ولا يشترط، ذكره ابن المواز.

وروى عبدالملك بن الحسن عن أشهب: يجوز ذلك، وفى القول الأول أنه غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجمل الشارد السلم فى ثمر حائط بعينه، وما يشبه ذلك سوى الإبل المهملة فى الرعى.

فإن رآها المبتاع، قال مالك: لا يجوز ذلك. قال ابن القاسم، فى كتاب محمد: وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة، وهى كبيع الآبق. وروى أصبغ عن ابن القاسم: لا تباع الإبل الصغار، وما لا يوجد إلا بالإرهاق، وعلل ذلك بأنه لا يدرى متى يوجد، وعلل ذلك ابن القاسم بأن أحدهما خطر.

وزاد فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يدرَى ما فيها فى العيوب، قال: كبيع الغائب بغير صفة، وأنكر هذا أصبغ، وقال: إنما يكره لصعوبة أخذها، ولولا ذلك لجاز، ولكان بيع الغائب وغيره بالبراءة مما لا يعلم، جائزًا.

وقال ابن حبيب: لا يجوز ذلك، يبعث بالبراءة أو بغير البراءة.

فرع: إذا ثبت منع هذا البيع، فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع، قاله ابن القاسم. قال ابن حبيب: فإن فاتت عند المبتاع، فعليه قيمتها يوم قبضها.

ووجه ذلك أن ما منع من بيعه الغرر، وما يخاف من تعذر قبضه، فإنه من البائع وإنما يضمنه المبتاع بالقبض كالآبق.

مسألة: وقد يكون مقدورًا على تسليمه، ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يمرض يخاف منه الموت.

قال ابن حبيب: هو من الغرر، ويفسخ البيع ما لم يفت بيد المبتاع، فتكون عليه قيمته يوم قبضه.

مسألة: ومن الجهالة فى الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها، ولو قال له: بعتك إياها بما شئت، ثم سخط ما أرسل إليه، قال ابن القاسم: إن أعطاه القيمة، لزمه ذلك. قال محمد: معناه إن فات وإن لم يفت رد؛ لأن هذا لا يجوز فى هبة الثواب.

وجه قول ابن القاسم أن ظاهر أمره المكارمة، وتعلق ذلك باختيار المبتاع، فأشبه هذا الثواب.

ووجه قول محمد اعتبارا بلفظ البيع، ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب، فجعل للفظ تأثيرًا فى ذلك، والله أعلم.

مسألة: ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته، روى ابن المواز عن أشهب: لا أحب ذلك، ولا أفسخه إن وقع. وقال أصبغ: هو حرام؛ لأن حياته مجهولة، ويفسخ. وقال ابن القاسم، عن مالك: لا يجوز إذا قال: على أن ينفق عليه حياته.

مسألة: وأما الغرر من جهة العقد، فمثل البيعتين فى بيعة، لأنه لا يدرى أى العوضين ابتاع أو باع، ومن ذلك بيع الحصاة، وهو من بيوع الجاهلية تكون حصاة بيد البائع، فإذا سقطت وجب البيع، ومن ذلك بيع العربان.

مسألة: وأما تعلق الغرر بالأجل، فإن يكون مجهولاً أو بعيدًا فأما المجهول، فمثل أن يكون إلى موت ميسرة أو إلى أن يبيع المبيع، وما أشبه ذلك.

وأما البيع من أهل الأسواق على التقاضى، وقد عرفوا أن قدر ذلك الشهر ونحوه، فجوزه مالك. قال الشيخ أبو محمد: معنى ذلك فيما جرى بينهم تقاضيه مقطعًا.

قال مالك: وإن تأخر بعد ما عرف وجه التقاضى، أغرم ذلك.

وأما البعد، فكره ابن القاسم البيع إلى أجل بعيد عشرين سنة أو أكثر، ولا يفسخه إلا مثل الثمانين والتسعين، ولا بأس به إلى عشرين سنة، وإنما أشرت إلى كل باب من ذلك بإشارة يسيرة، وهو مستوعب فى كتاب الاستيفاء، وبالله التوفيق.

قال مالك: وَالأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ وَالْغَرَرِ اشْتِرَاءَ مَا فِي بُطُونِ الإِنَاثِ مِنَ النِّسَاءِ وَالدَّوَابِّ لأَنَّهُ لا يُدْرَى أَيَخْرُجُ أَمْ لا يَخْرُجُ، فَإِنْ خَرَجَ لَمْ يُدْرَ أَيَكُونُ حَسَنًا أَمْ قَبِيحًا، أَمْ تَامًّا أَمْ نَاقِصًا، أَمْ ذَكَرًا أَمْ أُنْثَى، وَذَلِكَ كُلُّهُ يَتَفَاضَلُ إِنْ كَانَ عَلَى كَذَا فَقِيمَتُهُ كَذَا، وَإِنْ كَانَ عَلَى كَذَا فَقِيمَتُهُ كَذَا(١).

الشرح: قوله: «**أن من المخاطرة بيع ما فى بطون الإناث من النساء والدواب**» فالأصل فى ذلك نهى النبى ﷺ عن المضامين والملاقيح(*). قال جماعة من أصحابنا: المضامين ما فى بطون الإناث، والملاقيح ما فى ظهور الذكور. وقال ابن حبيب: المضامين ما فى ظهور الفحول والملاقيح ما فى بطون الإناث.

ووجهه من جهة المعنى ما احتج به من أنه مجهول الصفة متعذر التسليم، وأحد الأمرين يفسد العقد، وإفسادهما إذا اجتمعا أوكد.

مسألة: فإن وقع فى ذلك بيع نقض ما لم يخرج الجنين، ويقبضه المبتاع، ويفوت عنده، فإن فات عنده، فعليه قيمته يوم القبض، فإن كان من بنى آدم على البائع والمشترى جمعهما فى ملك واحد.

ووجه ذلك أنه بيع فاسد، فلا يفوت إلا بالتغير بعد القبض، فلزم المبتاع قيمته يوم حكم بقبضه، ولا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الصغير فى الملك، فيجبران على جمعهما فى ملك واحد، إما بأن يبتاع أحدهما من الآخر، وإلا بيعا عليهما، وبالله التوفيق.

قال مالك: وَلا يَنْبَغِي بَيْعُ الإِنَاثِ وَاسْتِثْنَاءُ مَا فِي بُطُونِهَا، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ ثَمَنُ شَاتِي الْغَزِيرَةِ ثَلاثَةُ دَنَانِيرَ، فَهِيَ لَكَ بِدِينَارَيْنِ، وَلِي مَا فِي بَطْنِهَا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ لأَنَّهُ غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ.

الشرح: أما قوله: «**أنه لا يبيع الرجل شاته الحامل، ويستثنى جنينها**» فعلى ما قاله. فأما على قولنا إن المستثنى من المبيع مبيع معه، ثم يخرج بالاستثناء من جملته، فظاهر؛

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/١٨٦، وقال: هذا مالا خلاف فيه وقد اتفق العلماء على أن بيع ما فى بطون الإناث لا يجوز؛ لأنه غرر وخطرٌ، ومجهول. وقد نهى رسول الله ﷺ فى نهيه عن بيع الغرر، وعن بيع الملامسة، وعن بيع الحصى، وعن بيع حبل الحبلة. وهذا كله بيع ما لا يتأمل، وبيع ما لا يرى ويجهل.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٣٦.

لأنه مجهول الصفة على ما قدمنا، فإذا تناوله البيع، فسد البيع. ووجهه أن الجملة المرئية إذا استثنى مجهول متناهى الجهالة، أثر ذلك فى باقى الجملة جهالة، تمنع صحة عقد البيع عليها.

قال مالك: وَلا يَحِلُّ بَيْعُ الزَّيْتُون بالزَّيْتِ، وَلا الْجُلْجُلان(*) بِدُهْنِ الْجُلْجُلان، وَلا الزُّبْدِ بالسَّمْنِ؛ لأنَّ الْمُزَابَنَةَ تَدْخُلُهُ، وَلأنَّ الَّذِى يَشْتَرِى الْحَبَّ وَمَا أَشْبَهَهُ بِشَيْءٍ مُسَمًّى مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهُ لا يَدْرِى أَيَخْرُجُ مِنْهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرُ، فَهَذَا غَرَرٌ وَمُخَاطَرَةٌ.

قال مالك: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا اشْتِرَاءُ حَبِّ الْبَانِ بِالسَّلِيخَةِ(*)، فَذَلِكَ غَرَرٌ؛ لأنَّ الَّذِى يَخْرُجُ مِنْ حَبِّ الْبَان هُوَ السَّلِيخَةُ، وَلا بَأْسَ بِحَبِّ الْبَانِ بِالْبَانِ الْمُطَيَّبِ؛ لأنَّ الْبَانَ الْمُطَيَّبَ قَدْ طُيِّبَ وَنُشَّ وَتَحَوَّلَ عَنْ حَالِ السَّلِيخَةِ(١).

الشرح: قوله: «**لا يحل بيع الزيتون بالزيت**» لما احتج به من أنه من المزابنة، وذلك بيع الشىء بما يخرج منه؛ لأن المقدار الذى يخرج منه مجهول، وهو مما يعتبر فيه التساوى لتحريم الربا فيه، وإنما قال: «**لأنه لا يدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر، فهذا غرر ومخاطرة**» يريد أنه لا يجوز أن يعطى أحدهما، الأكثر مما لا يشك فى أنه أكثر لما يأخذ منه، فيخرج بذلك عن المخاطرة والمقامرة، لأنه يدخله نوع آخر من الفساد، وهو التفاضل فيما يحرم فيه التفاضل، فلا بد من أن يتحرى التساوى فيهما، ولا يصح التحرى فيه؛ لأنه لا يعلم أنه يخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر؛ لأن مثل هذا لا يبلغ بتحرى الزيتون، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**ومن ذلك اشتراء حب البان بالسليخة**» لأن الذى يخرج من حب لبان هو السليخة.

قال عيسى: السليخة هى عصارة حب البان، وهو الزيت الذى يخرج منه، فمنع حب البان بما يخرج منه، وإن كانا مما لا يحرم فيه التفاضل، ولذلك لا يجوز بيع الكتان بالغزل جزافًا، أحدهما جزافًا، وإن كان يدًا بيد، ولا شىء مما لا يحرم فيه التفاضل

(*) الجلجلان: هو السمسم فى قشره قبل حصاده.

(*) السليخة: دهن ثمر البان.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/١٨٨.

بعضه ببعض جزافًا مع تجويز التساوى والتفاضل، قاله مالك. قال محمد: وهذا فيما يتقارب، فأما لو دفع رطل صوف بعشرة أرطال مغزولة يدًا بيد؛ لجاز.

فصل: وقوله: «**ولا بأس بحب البان بالبان المطيب؛ لأن المطيب قد طيب ونش، وتحول عن السليخة**». قال عيسى بن دينار: والنش هو التطييب، جعل النش فى البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التى ليست بمطيبة؛ لأن هذا نهاية الصناعة فيها، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً مِنْ رَجُلٍ عَلَى أَنَّهُ لا نُقْصَانَ عَلَى الْمُبْتَاعِ إِنَّ ذَلِكَ بَيْعٌ غَيْرُ جَائِزٍ، وَهُوَ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ بِرِبْحٍ إِنْ كَانَ فِى تِلْكَ السِّلْعَةِ، وَإِنْ بَاعَ بِرَأْسِ الْمَالِ أَوْ بِنُقْصَانٍ فَلا شَىْءَ لَهُ وَذَهَبَ عَنَاؤُهُ بَاطِلا، فَهَذَا لا يَصْلُحُ، وَلِلْمُبْتَاعِ فِى هَذَا أُجْرَةٌ بِمِقْدَارِ مَا عَالَجَ مِنْ ذَلِكَ، وَمَا كَانَ فِى تِلْكَ السِّلْعَةِ مِنْ نُقْصَانٍ أَوْ رِبْحٍ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ وَعَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا فَاتَتِ السِّلْعَةُ وَبِيعَتْ، فَإِنْ لَمْ تَفُتْ فُسِخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا.

قال مالك: فَأَمَّا أَنْ يَبِيعَ رَجُلٌ مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً يَبُتُّ بَيْعَهَا ثُمَّ يَنْدَمُ الْمُشْتَرِى فَيَقُولُ لِلْبَائِعِ: ضَعْ عَنِّى، فَيَأْبَى الْبَائِعُ، وَيَقُولُ: بِعْ فَلا نُقْصَانَ عَلَيْكَ، فَهَذَا لا بَأْسَ بِهِ لأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْمُخَاطَرَةِ، وَإِنَّمَا هُوَ شَىْءٌ وَضَعَهُ لَهُ، وَلَيْسَ عَلَى ذَلِكَ عَقَدَا بَيْعَهُمَا، وَذَلِكَ الَّذِى عَلَيْهِ الأَمْرُ عِنْدَنَا.

الشرح: قوله: «**لا يجوز أن يبيع الرجل من رجل سلعة، على أنه لا نقصان على المبتاع**» لما ذكره من وجه الغرر؛ لأنه استأجره على بيعه بربح إن كان فيه، ولا يدرى قدره ولا جنسه، وإن لم يكن فيه ربح، فلا شىء له، وقد كره مالك أن يبيع من الرجل السلعة على أنه إن وجد قضاه، وإن مات قبل أن يجد، فهو فى حل.

قال ابن القاسم: هو حرام ويرد، فإن فاتت السلعة بقيمتها يوم قبضها، ومعنى ذلك أنه زاد فى ثمنها للجهل بالأجل، ولما فيه من تعليق القضاء بالوجود.

فصل: وقوله: «**وللمبتاع فى هذا أجره بقدر ما عالج من ذلك، وللبائع الزيادة والنقص إن فاتت السلعة**» يريد أنه يحمل على ما يؤول إليه أمرهما من الإجارة، فإن فاتت السلعة ببيع المبتاع لها، فللذى باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر،

وكان للمبتاع أجرة ما حاول من بيعها، وغير ذلك من حفظها إن كان له أجرة، وإن وجدت السلعة بيد المبتاع لم تفت، فسخ البيع، فيما يحتمل أن يريد يوجد بيد المبتاع لم يدخلها ما يغير صفتها على ما تقدم من قول ابن القاسم والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فإن ندم مشترى سلعة، وسأل الوضيعة، فيقول البائع: بع ولا نقصان عليك، فهذا لا بأس به**» يريد لأن العقد قد سلم أولا مما يفسده ابتداء. وقد قال مالك فى كتاب ابن مزين: وذلك لازم.

ووجه ذلك أنه قد حمله بما غره به على بيع سلعته، فوجب أن يلزمه ما التزم له بذلك.

مسألة: ولو قال ذلك البائع، والسلعة بائرة، فأراد المبتاع حملها على وجه السوق لما أمن النقصان، قال عيسى عن ابن القاسم: ليس له أن يبيعها، إلا على وجه البيع.

ووجه ذلك أنه إنما أباح له البيع المعتاد على وجه الاجتهاد، وطلب زيادة الثمن، فليس له الخروج عنه إلى ما يكثر به النقصان.

فرع: فإن باع حين البيع، فزعم أنه نقص من الثمن ما أنكره صاحبه، قال عيسى: يصدق، ويوضع عنه ذلك، إلا أن يأتى بأمر منكر يعلم به كذبه، وأنه حابى فى البيع، فيلزمه غرم ما قصر به عن ثمنها.

وقال ابن نافع: لا يقبل قوله، إلا ببينة تعرف ما باع، إلا أن يدعى من ذلك شيئًا يعرف أهل تلك الصناعة أنها تباع بمثل ذلك، فيحلف على ما زعم ويصدق.

* * *

الْمُلامَسَةَ وَالْمُنَابَذَةَ

١٣٤٧ - مَالِك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ، وَعَنْ أَبِى الزِّنَادِ، عَنِ

١٣٤٧ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٦. والترمذى فى البيوع ١٣١٠. والنسائى فى البيوع ٤٥٠٧، ٤٥١١، ٤٥١٥. وابن ماجه فى التجارات ٢١٦٩. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٨٧١٣، ٢٧٦١٩، ٢٧٢٤٥، ٩٧٩٥، ٩٨٦٨، ١٠٠٦٤، ١٠٣٧١، ١٠٤٦٥.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٣٨/٨: هكذا هذا الحديث فى الموطأ عند جماعة رواته بهذا الإسناد، وقد روى فيه مسلم بن خالد عن مالك إسنادا آخر محفوظا أيضًا، من حديث ابن شهاب وإن كان غير معروف لمالك.

الأعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُلامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ.

قال مالك: وَالْمُلاَمَسَةُ أَنْ يَلْمَسَ الرَّجُلُ الثَّوبَ وَلاَ يَنْشُرُهُ وَلاَ يَتَبَيَّن مَا فِيْهِ أَوْ يَمْتَاعَهُ لَيْلاً وَلاَ يَعْلَمُ مَا فِيْهِ، وَالْمُنَابَذَةُ أَنْ يَنْبذَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ ثَوْبَهُ وَيَنْبذَ الآخَرُ إِلَيْهِ ثَوْبَهُ عَلَى غَيْرِ تَأَمُّلٍ مِنْهُمَا، وَيَقُولُ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَذَا بِهَذَا، فَهَذَا الَّذِى نُهِىَ عَنْهُ مِنَ الْمُلامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ.

الشرح: نهيه ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة يقتضى فساده، وإنما سمى بيع ملامسة ومنابذة؛ لأنه لا حظ له من النظر والمعرفة لصفاته إلا لمسه أو أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه إليه، واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج إلى معرفته من صفات المبيع الذى يختلف ثمنه باختلافها ويتفاوت.

ومعنى ذلك أن البيع انعقد على هذا الشرط، وأما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر إليه، ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك، فاقتنع المبتاع بلمسه، فإنه لا يكون بيع ملامسة، لا يمنع ذلك صحة العقد، وإنما يمنعه ما قدمناه والله أعلم.

وقد قال فى كتاب محمد: من باع ثوبًا مدرجًا فى جرابه، فوصفه له وكان على أن ينشره، فذلك جائز بنشره قبل البيع أو بعده.

قَالَ مَالِك فِى السَّاجِ الْمُدْرَجِ فِى جِرَابِهِ أَوِ الثَّوْبِ الْقُبْطِىِّ الْمُدْرَجِ فِى طَيِّهِ: إِنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهُمَا حَتَّى يُنْشَرَا، وَيُنْظَرَ إِلَى مَا فِى أَجْوَافِهِمَا، وَذَلِكَ أَنَّ بَيْعَهُمَا مِنْ بَيْعِ الْغَرَرِ، وَهُوَ مِنَ الْمُلامَسَةِ(١) .

قال مالك: وَبَيْعُ الأعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامَجِ مُخَالِفٌ لِبَيْعِ السَّاجِ فِى جِرَابِهِ وَالثَّوْبِ فِى طَيِّهِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَرَقَ بَيْنَ ذَلِكَ الأمْرُ الْمَعْمُولُ بِهِ وَمَعْرِفَةُ ذَلِكَ فِى صُدُورِ النَّاسِ وَمَا مَضَى مِنْ عَمَلِ الْمَاضِينَ فِيهِ، وَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مِنْ بُيُوعِ النَّاسِ الْجَائِزَةِ وَالتِّجَارَةِ بَيْنَهُم الَّتِى لا يَرَوْنَ بِهَا بَأْسًا؛ لأنَّ بَيْعَ الأعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامَجِ عَلَى غَيْرِ نَشْرٍ لا يُرَادُ بِهِ الْغَرَرُ، وَلَيْسَ يُشْبِهُ الْمُلامَسَةَ.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٨/٢٠، وقال: بيع الثوب فى طيه دون أن ينظر إليه، فلا يجوز عند الجميع، لأنه فى معنى بيع الملامسة؛ لأنه لا يرى فيه إلا طاقة واحدة، فإن عرف ذرعه فى طوله، وعرضه، ونظر إلى شىء منه، فاشترى عليه كان ذلك جائزا، فإن خالف كان ذلك عينًا كسائر العيون، إن شاء قام به، وإن شاء رضيه.

الشرح: وهذا على ما قال أن الثوب المدرج فى جرابه كالساج وما أشبهه مما يصان بغلاف أو جراب يكون فيه، فلا يظهر شىء منه أو الثوب القبطى الذى درج على طيه، وإن ظهر ظاهره، فإنه لا يجوز بيعهما بالصفة، قاله ابن المواز عن مالك، ويخالف ذلك بيع الأعدال على البرنامج بأن بيعها على ذلك جائز.

قال ابن حبيب: لكثرة ثياب الأعدال، وعظم المؤنة فى فتحها ونشرها، ويصح الفرق بينهما من وجهين، أحدهما: أن يكون الساج المدرج فى جرابه والثوب القبطى المدرج فى طيه يمنع المبتاع من نشرهما، ولا يوصفان له بصفتهما، وإنما يشترى كل واحد منهما على ما هو عليه دون صفة يلزمها البائع وبيع الأعدال على البرنامج بيعها على ما تضمنه البرنامج من صفتها المستوعبة لما يحتاج إلى معرفة من صفاتها التى تختلف الأثمان والأعراض باختلافها، فلذلك جاز بيع الأعدال على البرنامج؛ لأنه بيع على صفة، ولم يجز بيع الساج فى الجراب والقبطى المطوى؛ لأنه بيع على غير صفة ولا رؤية.

مسألة: ولو كان على الصفة ومنع الرؤية، فقد ذكر ابن سحنون فى رده على الشافعى: أن الصفة تنوب عن ذلك، واحتج بحديث أبى هريرة فى النهى عن بيع السلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها.

وروى ابن سحنون أن حبيبًا سأل أباه عمن ابتاع مائة شاة أو مائتين أيجس جميعها، فقال: لابد من ذلك إلا أن يجس اثنين أو ثلاثة، ثم يقول للبائع: إن ما لم أجس مثل ما جسست، فيكون كالبيع على الصفة، وهذا يحتمل أن يكون قد رأى جميعها، وتواصفا السمن فقط.

وفى كتاب ابن المواز فيمن باعكم أخفاف أو بز، فلا بأس أن ينظر منها إلى اثنين أو ثلاثة، يريد بعد أن يعلما عددها، فهذه غير مرئية على أنه يحتمل أن تكون مسألة سحنون، ومسألة ابن المواز، لم يكن ذلك بشرط.

وظاهر قول سحنون يقتضى الشرط، وإلا فهو وفاق، والله أعلم.

والوجه الثانى أن الأعدال تلحق المشقة والمؤنة بإعادتها إلى حالها، ولا يكون ذلك فى غالب الحال إلا بالأجرة، وصانع يتولى ذلك والسائمون يتكررون، وليس كل من يسوم، وينظر إلى المبتاع دون شد وإعادة إلى الحال الأولى تغيره، وتذهب بجماله، وتنقص من ثمنه.

فإن ترك دون أن يعاد إلى الشد تغير، وإن أعيد إلى الشد بعد رؤية كل مساوم له، وربما تكرر ذلك وطال، لحقت بذلك مشقة وعظمت المؤنة والنفقة، فلهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة، مقام رؤية المبتاع والنظر إليه، وليس كذلك الثوب المدرج فى جرابه، وأن إخراجه منه ونظره إليه، ورده فيه، ليست فيه مشقة، ولما جرت العادة أن يعمل ذلك بأجرة، فلا تلحق فيه نفقة.

وإن طال ذلك وتكرر، فلم يجز أن ينتقل عن بيعه على الرؤية إلى بيعة على الصفة لغير ضرورة؛ لأنه ليس فى ذلك غرض غير مجرد الغرر، وذلك جائز يمنع صحة العقد، وذلك بمنزلة أن يبيع رجل من رجل ثوبًا بيده لا مضرة فى نشره وتقليبه على الصفة دون الرؤية لم يجز ذلك؛ لأنه لا يجوز الانتقال من الرؤية إلى الصفة، إلا لضرورة، والله أعلم.

* * *

بَيْعِ الْمُرَابَحَةِ

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِى الْبَزِّ يَشْتَرِيهِ الرَّجُلُ بِبَلَدٍ، ثُمَّ يَقْدَمُ بِهِ بَلَدًا آخَرَ فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً، إِنَّهُ لا يَحْسِبُ فِيهِ أَجْرَ السَّمَاسِرَةِ، وَلا أَجْرَ الطَّىِّ، وَلا الشَّدِّ، وَلا النَّفَقَةَ، وَلا كِرَاءَ بَيْتٍ، فَأَمَّا كِرَاءُ الْبَزِّ فِى حُمْلانِهِ، فَإِنَّهُ يُحْسَبُ فِى أَصْلِ الثَّمَنِ وَلا يُحْسَبُ فِيهِ رِبْحٌ إِلا أَنْ يُعْلِمَ الْبَائِعُ مَنْ يُسَاوِمُهُ بِذَلِكَ كُلِّهِ، فَإِنْ رَبَّحُوهُ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِهِ، فَلا بَأْسَ بِهِ.

قال مالك: فَأَمَّا الْقِصَارَةُ وَالْخِيَاطَةُ وَالصِّبَاغُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَزِّ يُحْسَبُ فِيهِ الرِّبْحُ كَمَا يُحْسَبُ فِى الْبَزِّ، فَإِنْ بَاعَ الْبَزَّ وَلَمْ يُبَيِّنْ شَيْئًا مِمَّا سَمَّيْتُ، إِنَّهُ لا يُحْسَبُ لَهُ فِيهِ رِبْحٌ، فَإِنْ فَاتَ الْبَزُّ، فَإِنَّ الْكِرَاءَ يُحْسَبُ وَلا يُحْسَبُ عَلَيْهِ رِبْحٌ، فَإِنْ لَمْ يَفُتِ الْبَزُّ، فَالْبَيْعُ مَفْسُوخٌ بَيْنَهُمَا إِلا أَنْ يَتَرَاضَيَا عَلَى شَىْءٍ مِمَّا يَجُوزُ بَيْنَهُمَا[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣٣٤، وقال: هذا كله لمن باع مرابحة للعشرة: أحد عشر، أو للدينار: درهم أو نحو ذلك. ومن باع سلعة على أن الربح فى جميع ثمنها كلا، فإنه يحسب فيها ما كان لدنانيره فى عين السلعة، كالصبغ، والخياطة، والقصارة، وله أن يعرفه بكل=

الشرح: قوله: «**أن من قدم بمتاع، فباعه مرابحة، لا يحسب فيه أجر السماسرة، ولا أجر الطى، ولا الشد، ولا النفقة، ولا كراء بيت**» يريد بأجر السماسرة من كلفه شراء المتاع، زكذلك أجر طيه وشده أعدالاً ونفقة التأجيرو كراء بيته.

قال ابن حبيب: وكراء ركوبه لا يحسب شىء من ذلك فى ثمن المتاع أن يبين، وذلك بأن يقول: قامت علىَّ بكذا، ولو بين، وقال: لا بيع مرابحة، إلا أن أعدها فى الثمن، وآخذ له ربحًا؛ لجاز ذلك.

فصل: «**وأما كراء البز فى حمله، فإنه يحسب فى أصل الثمن، ولا يحسب فيه ربح إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله**» يريد أن حمل البز من بلد ابتياعه إلى بلد بيعه مما يحسب فى ثمنه ولا يجعل له حصة من الربح فيما باع للعشرة أحد عشر، وهذا حكم نفقة الرقيق فى ذلك إلا أن يبين ذلك، فيكون على ما شرط وذلك جائز.

فصل: وقوله: «**القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك**» قال فى الواضحة: والفتل والكماد والتطوية. وقال غيره: والطراز، فهو بمنزلة البز، يحسب له الربح كما يحسب للبز، فجعل ذلك على ثلاثة أقسام، قسم لا يحسب فى رأس المال، ولا يقسم له من الربح، وقسم يحسب فى رأس المال، ولا يقسم له من الربح، وقسم يحسب فى رأس المال، ويقسم له من الربح.

فرق: والفرق بينهما أن ما ليس له عين قائمة، فهو على ضربين، ضرب: لا يتخذ بسبب البز غالبًا، وإنما جرت العادة أن يتخذ لغيره ككراء بيت ونفقة المتاع وكراء ركوبه، وضرب: جرت عادة المبتاع أن يباشره بنفسه، ولا يستنيب فيه غالبًا بأجرة كأجرة السمسار، وهو أن يستأجره على أن يبتاع له المتاع، وعلى أن يطويه له، ويشده له؛ لأن هذا مما جرت العادة أن يفعله التاجر لنفسه، فالعوض عنه داخل من ربح رأس المال.

فإن استأجره، وهو من ينوب عنه فى ذلك، لم يلزم المبتاع ذلك كما لو باشره بنفسه، فأراد أن يحسب فى الثمن أجرته، وكذلك نفقته وكراء بيته؛ لأن العادة جارية أن يخزنه التاجر فى بيت سكناه، فإنما يعامل على المعتاد، فلذلك لم يحسب فى شىء من ذلك ثمنه، ولا ربحه.

=ما قامت عليه السلعة من كراء، فأخذه السمسار، وطى، وشد، ونحو ذلك، فإن رضى فأخذ السلعة على **ذلك**، وأربحه عليه طاب ذلك له.

وأما ما ليست له عين قائمة، ولكنه أمر يختص بالمبيع، وعادته أن لا يكون ذلك، إلا بأجرة ككراء حمله ونفقة الرقيق، فهذا يحسب فى الثمن، ولا حظ له فى الربح؛ لأنه ليست له فى المبيع عين قائمة.

وأما ما له عين قائمة فى المبيع كالقصارة والخياطة والصبغ والطراز، فهذا يحسب فى الثمن، وله حظه من الربح لما كانت له عين قائمة كنفس المتاع، وقد قال أبو محمد: فإن كان المتاع مما يعلم أنه لا يشترى إلا بواسطة أو سمسار، والعادة جارية بذلك، فيحسب من رأس المال، ولا يحسب له ربح؛ لأنه ليست له عين قائمة.

قال: وأما أكثر المنازل، فإن كان اكتراها ليسكن فيها، ويأوى إليها، فالمتاع تبع ولا يحسب كما لا تحسب النفقة على نفسه، وإن كان اكتراه ليحرز فيه المتاع، ولولا ذلك لم يحتج إليه، فإنه يحسب بغير ربح، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**فإن باع البز، ولم يبين شيئًا مما سميت أنه لا يحسب فيه ربح، وفات البز، فإن الكراء يحسب، ولا يحسب له ربح، وإن لم يفت فسخ بيعهما، إلا أن يتراضيا على شيء**» يريد أنه إنما يحمل على ما قاله مع الإبهام، فإن لم يفت فسخ ذلك بينهما؛ لأن المبيع لم يفت والبائع يقول: لا أبيع إلا بما سميت من الثمن والربح، والمبتاع يقول: لا أحسب فى رأس المال شيئًا لم تجر به العادة، ولا أجعل حظًا من الربح لما لا حظ له منه، فيفسخ ذلك بينهما، أو يتفقا على أمر يجوز من أمر يرضى أحدهما بما شاء الآخر، أو بغير ذلك، ولو رضى البائع بحط ما لا يلزم من الربح والثمن، لزم ذلك المبتاع، قاله سحنون فى كتاب ابنه.

مسألة: فإن فاتت، فقد قال مالك: يحسب له على ما تقدم ذكره. وقال سحنون فى كتاب ابنه: على المبتاع القيمة، إلا أن يكون أكثر من الثمن الأول، فلا يزاد أو أقل من الثمن بعد طرح ما ذكرنا، فلا ينقص.

وجه قول مالك أن هذا لم يصرح بالكذب، ولا فى لفظه أنه اعتمده، وإنما أبهم لفظه، ولذلك حكم فى الشرع بيرده إليه مع الفوات؛ لأن ذلك حكمه اللازم، فذلك أحق به من القيمة، وإذا لم تفت كان له أن يمتنع منه لاحتمال لفظه، وليس كذلك الزيادة فى الثمن، فإنه تصريح بالكذب، ولم يأت بلفظ له عرف فى الشرع وحكم مختص به، فيرد إليه، فلذلك رد فى الفوات إلى القمية.

ووجه القول الثانى أن هذا قد أظهر من الثمن ما لم يثبت له بالعقد، فرد إلى القمية كما لو زاد فى الثمن.

مسألة: والزيادة فى البيع على المرابحة على وجهين، أحدهما: أن تكون زيادة مضافة إليه. والثانى: أن تكون الزيادة من نمائه. فأما الزيادة المضافة، فقد تقدم ذكرها. وأما الزيادة بالنماء، فعلى ضربين، زيادة فى العين، وزيادة فى القيمة.

فأما الزيادة فى العين، فمثل سمن الحيوان وولادته وإثمار الشجر، ونبات الصوف على الغنم، وحدوث اللبن فى الأنعام، واستغلال كراء الدور والأرضين والرقيق. فأما السمن، فلم أر فيه نصًا لأصحابنا، وعندى أنه إن لم تقترن به حوالة أسواق، ويمضى من طول الزمان ما لا يخلو من حوالة الأسواق، فإنه يجوز بيعه مرابحة، ويحتمل على منعه بيع المرابحة لزيادة القيمة، أن يمنع أيضًا ذلك، والله أعلم.

مسألة: وأما الولادة، فقد قال ابن سحنون فى الذى يشترى الجارية، فتلد عنده، فيبيعها مرابحة، ولا يبين أن للمبتاع الرد أو التماسك، وحجته أن أسواقها قد حالت عند البائع، ولم يبين.

ومعنى ذلك أن بيع المرابحة لا يجوز عند مالك وأصحابه فيما قد حالت أسواقه إلا بعد أن يبين ذلك، فإن بقيت السلعة عند المبتاع حتى حالت أسواقها، لم يكن له أن يبيع مرابحة حتى يبين ذلك، والأمة إذا بقيت عند المبتاع حتى ولدت، فقد بقيت مدة حالت فيها أسواقها، وذلك يمنع بيع المرابحة.

وقد قال سحنون فى الذى يبتاع غنمًا، فتلد عنده لا يبيع حتى يبين؛ لأن الأسواق إلى أن تلد تحول، سواء باعها بولدها أو بغير ولدها.

وقال ابن القاسم فى المدونة: إن ولدت الغنم عنده، لم يبع مرابحة حتى يبين، وإن ضم إليها أولادها، وهذا فى الغنم الكثيرة يتصور أن يقال لما تتكامل ولادتها حتى تحول أسواقها.

وأما الشاة الواحدة أو البقرة أو الناقة أو الأمة، فإن ولادتها قد تكون فى ساعة واحدة، ولا تحول فى ذلك أسواقها، فيجب على هذا جواز بيعها دون تبيين إن لم ينقص ذلك من ثمنها أو يريد أن الولادة المانعة من ذلك هى ما يكون ابتداء الحمل عنده، والله أعلم.

مسألة: وأما إثمار الشجرة وكراء الرقيق والدواب، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: من اشترى حوائط واغتلها أعوامًا أو دوابا أو رقيقًا أو دورًا فاكترى ذلك كله زمانًا، إذا لم تحل الأسواق، فلا بأس أن يبيع مرابحة ولا يبين، إلا أن يتطاول، فيبين؛ لأنه لا يكاد أن يطول ذلك إلا وتختلف الأسواق.

فأما إثمار الشجر واستغلالها أعوامًا، فإنه يحتمل أنه يجوز ذلك فيها بعد الأعوام؛ لأن أسواقها لا تتغير إلا فى أعوام كثيرة، ولا يسرع التغيير إليها فى أنفسها. وأما إجارة الدواب والرقيق، فيحتمل أن يكون ذلك فى مدة لا تتغير فيها أسواقها غالبًا، وكذلك اختلاف الأنعام.

مسألة: وأما جز أصواف الغنم، فإن لم يكن عليها صوف حين اشتراها، فلا يجوز ذلك؛ لأنه لا يكون فيها الصوف إلا مدة تتغير فيها الأسواق، وإن كان عليها صوف حين اشتراها، فلا يجوز ذلك أيضًا، لأنه قد قبض بعض ما اشتراه، وباع الباقى مرابحة بجميع الثمن، فلا يجوز ذلك حتى يبين، قاله ابن القاسم فى المدونة.

فرع: فإن ولدت الإناث، فباع لم يبين، فلا يخلو أن يبيعها، ويمسك أولادها أو يبيعها مع أولادها، فإن باعها وأمسك أولادها، ولم تفت، فللمبتاع أن يحبس أو يرد، وليس للبائع أن يعطيه الولد، ويلزمه البيع؛ لأن البائع باع بعد أن حالت الأسواق، ولم يبين قاله سحنون.

وإن كانت الغنم فاتت، وكانت أسواقها حالت إلى زيادة، فلا يزاد فيها، ويمضى البيع، وإن حالت بنقصان، قال سحنون: هى كمسألة الكذب، وإن باعها مع الأولاد، وكذلك أيضًا للمبتاع الخيار لحوالة الأسواق على أصلهم، وإن فاتت، فعلى حسب ما تقدم.

وإن كانت أمة، فباعها دون الولد، فالولد فيها عيب، فللمبتاع الرد، وإن حالت الأسواق، ونقصت نقصًا خفيفًا، لأنها لا تفوت بالرد بالعيب، ولو رضيا بذلك، أجبرا على جمعهما فى ملك واحد.

ولو فاتت بعتق، فإن حط قيمة العيب، وإلا فعلى المبتاع قيمتها معيبة ما لم يجاوز الثمن بعد إلغاء قيمة العيب وربحه، فلا يزاد أو ينقص عن ذلك، فلا ينقص.

قال الشيخ أبو محمد: هذا الذى ذكره ابن سحنون مرجعه إلى أن يحط عنه حصة العيب وربحه نحو ما ذكره ابن عبدوس، ولا تأثير للقيمة فى هذا، ولو باعها مع ولدها، فلم يبين له أنه حدث عنده، فللمبتاع الرد أو الإمساك بحوالة الأسواق ، فإن فاتت عند المبتاع بزيادة أو نقصان، وكانت أسواقها زادت عند البائع، فلا قيمة فيها؛ لأن القيمة أكثر من الثمن ولا حجة للمبتاع فى عيب الولد؛ لأنه قد علم به، وإن كانت أسواقها نقصت، فعلى ما تقدم.

وقال الشيخ أبو محمد: قوله قد تبين عيب الولد حين باعه مع أمه، لا يجزئه فـي بيـع المرابحة، وإنما حكمه أن يبين أن عنده ولدت، فهو كما لو زوجها وأخبر بـالزوج، ولـم يبين أنه عنده حدث.

والذى تقدم من أصل ابن عبدوس أبـين، يريـد ابـن عبـدوس يقـول: إن فـاتت، لـزم البائع أن يحط قيمة العيب وربحه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والوجه الـذى أشـار إليـه الشـيخ أبـو محمـد وجه ظاهر عندى، وذلك أن من ابتاع سلعة، فحدث عنده عيب، ثم باع مرابحة، وبـين العيب، ولم يبين أنه حدث عنده، فإنه من باب الزيادة فى الثمن، لأنه أظهر أنـه اشـترى ما باع من السلعة بعشرة، وهو إنما اشترى بالعشرة ما باعه من السلعة، وما تلـف عنـده بحدوث العيب، فكأنه اشترى سلعتين بعشرة، وباع إحداهمـا مرابحـة علـى أنـه اشـتراها بعشرة، فعلى هذا إذا فاتت السلعة تكون عليه القيمة، إلا أن تكـون أقـل ممـا يصـير لهـا من الثمن، وربحه بعد إسقاط قيمة العيب وربحها، فلا ينقص من ذلك أو يكون أكثر ممـا يصير لها من الثمن، وربحه دون إلغاء قيمة العيب وربحها، والله أعلم.

فصل: وأما زيادة القيمة، فهى حوالة الأسواق بالزيادة، ففى المدونة عن مالك فيمـن اشترى سلعة فحالت أسواقها لا يبيع مرابحة حتى يبين، وإن زادت الأسواق؛ لأن النـاس فى الطرى أرغب، وظاهر المذهب على المنع من ذلك، وإن زادت أسـواقها، وإنمـا جـاز أن يراعى اختلاف الأسواق من لا يراعى اختـلاف العين بالزيـادة، لأنـه إنمـا يبيـع علـى شرائه، والشراء مختص بحوالة الأسواق دون زيادة العين ونقصها.

ووجه آخر، وهو أن بقاء السلعة مدة طويلة يـدل علـى غـلاء شـرائها، وعلـى زهـد الناس فى عينها، فإن حالت أسـواقها إلى زيـادة، وتعـذر بيعهـا مـع ذلـك مـع تعريضهـا للبيع، فذلك أدل على الزهد فى عينها، وأن المبتاع لها قد غلـط فـى قيمتهـا، وإذا طلـع على هذا من حالها، لم يجز لـه أن يكتـم عـن بائعـه إياهـا مرابحـة؛ لأنـه داخـل ابتياعـه، فيجب له أن يعرف من صفته ما عرفه بعد بائعه، والله أعلم.

مسألة: إذا قلنا إن حوالة الأسواق تمنع بيع المرابحة، فإن حالت فى القـرب إلى نقـص، فلا بيع مرابحة حتى يبين، وإن حالت بزيادة، قال ابن حبيب: ليس عليه أن يبين.

وقال ابن القاسم، فى الزيادة: أعجب إلىّ أن لا يبيع حتى يبين، ولم يفصل بين قـرب المدة وطولها، وقد أشار إلى ذلك بقوله: لأن الناس أرغب فى الطرى.

وجوز ابن حبيب ذلك فى القرب، قال ابن حبيب: فإن طال لبثها عنده، فليبين حال سوقها، أو لم يحل، فجعل المانع طول اللبث أو التغير إلى النقص. قال: فإن لم يبين فللمبتاع رد المبيع، فإن فاتت، رد القيمة.

مسألة: وهذا فى زيادة العين والقيمة، فأما النقص من ذلك، فمانع من البيع إلا أن يبين. وقد قال مالك فيمن باع جارية، فذهب عنده ضرسها أو أصابها عيب لا يبيع مرابحة حتى يبين، فإن وقع ذلك، فللمبتاع الرد أو الإمساك ما لم تفت، فإن فاتت، فعلى ما تقدم.

مسألة: فإذا حدث النقص من انتفاع البائع به مثل أن تكون جارية، فيفتضها، أو ثوبًا فيلبسه، أو دابة فيسافر عليها، فقد قال ابن سحنون وابن عبدوس: إن باع الجارية، ولم يبين أنه افتضها، فحطه البائع ما ينوب الافتضاض وربحه، فلا حجة له.

قال ابن عبدوس: بخلاف العيوب؛ لأن من باع جارية، فليس عليه أن يبين أنها بكر، وإنما حجة المبتاع أن البائع زاد فى الثمن، فهى بالبيع الفاسد أشبه، ويفيتها حوالة الأسواق، فإن فاتت بحوالة الأسواق، فالمبتاع مخير بين أن يأخذ من البائع قيمة الافتضاض، وربحه وبين أن يسترجع الثمن، وعليه قيمتها مفتضة يوم قبضها، ما لم يزد على الثمن الأول أو ينقص عنه بعد طرح قيمة الافتضاض وربحه.

قال ابن عبدوس: وأصل جوابها لأشهب ومثلها لابن القاسم فى المشترى لغنم عليها صوف، فجز أصوافها وباع مرابحة، ولم يبين واشترى ثوبًا، فلبسه أو دابة فسافر عليها، ولم يبين؛ لأن ذلك نقص، وليس بعيب.

ومعنى ذلك أن المبتاع قد رأى الغنم مجزوزة، ورأى الثوب ملبوسًا، والدابة قد عجفت، ولم يعلم أن ذلك حدث عند البائع منه، واعتقد أنه اشتراها على ذلك، وإنما معنى المسألة للزيادة عليه فى الثمن؛ لأن الثمن الذى عرف به كان ثمن ما بيع منه، وما ذهب قبل ذلك عند البائع، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَشْتَرِى الْمَتَاعَ بِالذَّهَبِ أَوْ بِالْوَرِقِ وَالصَّرْفُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ بِدِينَارٍ، فَيَقْدَمُ بِهِ بَلَدًا، فَيَبِيعُهُ مُرَابَحَةً أَوْ يَبِيعُهُ حَيْثُ اشْتَرَاهُ مُرَابَحَةً عَلَى صَرْفِ ذَلِكَ الْيَوْمِ الَّذِى بَاعَهُ فِيهِ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ ابْتَاعَهُ بِدَرَاهِمَ وَبَاعَهُ بِدَنَانِيرَ أَوِ ابْتَاعَهُ بِدَنَانِيرَ وَبَاعَهُ بِدَرَاهِمَ، وَكَانَ الْمَتَاعُ لَمْ يَفُتْ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ

أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ، فَإِنْ فَاتَ الْمَتَاعُ كَانَ لِلْمُشْتَرِى بِالثَّمَنِ الَّذِى ابْتَاعَهُ بِهِ الْبَائِعُ وَيُحْسَبُ لِلْبَائِعِ الرِّبْحُ عَلَى مَا اشْتَرَاهُ بِهِ عَلَى مَا رَبَّحَهُ الْمُبْتَاعُ[(١)].

الشرح: قوله: **«فى الذى يشترى المتاع بالذهب والصرف على قدر ما، ثم يبيعه والصرف على غير ذلك القدر مرابحة»** هذا السؤال يحتمل وجهين: أحدهما: أن يشترى بذهب ويبيع بذهب، وقد اختلف الصرف فى وقتى البيع والشراء، فهذا لا يمنع صحة البيع مرابحة، ولا يحتاج إلى بيان.

والثانى: ما أجاب عنه، وأن يبتاع بذهب، فيبيع بورق أو يبتاع بورق، فيبيع بذهب، وهذه المسألة التى أجاب عنها، فهذا لا يجوز أن يبيع مرابحة حتى يبين، وسواء تغير الصرف أو لم يتغير؛ لأنهما جنسان تختلف الأغراض فيهما.

فإن وقع ذلك، فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد، ما لم يفت، وليس للبائع أن يلزمه إياه بما نقد فيه؛ لأن المبتاع لم يرد الشراء بهذه العين، وإنما اشترى بغيرها لكنه يثبت له الخيار لما ظهر من أن البائع ابتاع بغير ما أظهر إليه.

وإن فاتت السلعة، فقد قال مالك: ما ثبت فى الأصل أنها للمشترى بالثمن الذى ابتاعها به، وقد قال فى كتاب ابن المواز: إلا أن يجىء أكثر مما رضى به، ولم يجعل مالك فى هذا قيمة كما فعل فى مسألة الزيادة فى الثمن وحوالة الأسواق فى مثل هذا فوت.

وقال مالك فى المدونة: إن فاتت، ضرب الربح على ما هو الأفضل للمشترى.

مسألة: ومن اشترى بعين، فدفع فى ذلك عرضًا أو باع بعرض، فدفع عينًا، فإنه يجوز له إذا بين أن يبيع مرابحة على أيهما شاء، عند ابن القاسم، يبيع على عرض بصفة أو طعام، ولا يجوز أن يبيع على قيمة.

وقال أشهب: لا يبيع على عرض ولا طعام موصوف؛ لأنه من بيع ما ليس عنده، ولا يجوز أن يثبت فى الذمة طعامًا معجلاً بيع.

وجه ما قاله ابن القاسم عندى أنه يحتمل أن يكون العرض الذى ابتاع به البائع مرابحة مثله عند المبتاع، فلذلك جاز أن يبيع منه به. وقال بعض المغاربة: إنما جاز ذلك،

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٠٢، وقال: قوله هذا قول حسن جدا. وهو قول الليث.

لأنه لم يقصد بيع ما ليس عنده، ويجرى ذلك مجرى من ابتاع شقصًا بمكيل أو موزون، فإن الشفيع يأخذ بمثله، وإن لم يكن عنده.

والأول عندى أظهر؛ لأن الشفعة حق ثبت له، وله الأخذ به، وليس للمشترى الامتناع منه، فكان ذلك بمنزلة حق قد لزمه، والشفعة حجة على قائل هذا القول؛ لأنه ليس بمكيل يأخذ الشفعة بقيمة دون مثله، ولا يجوز فى المرابحة أن يبيع على قيمة ثوبه الذى ابتاع به هذه السلعة، والله أعلم.

مسألة: وإن لم يبين، لم يجز البيع على المرابحة، وجوز أبو حنيفة ذلك، وقال: يبيع مرابحة قبل أن ينقد، ثم ينقد بعد ذلك.

والدليل على ما نقوله أن بيع المرابحة، إنما هو على شراء البائع، فإذا نقد على غير ما عقد به، فلم يتم بيعه إلا بما نقد، وقد يكون ذلك أفضل للمشترى، فيتوصل البائع إلى عينه بما سمى من الثمن فى العقد، وقد نقد غيره، وقد يكون ما عقد به أفضل وحابى هو فيما نقد، فلا يلزم ذلك المشترى؛ لأن بيع المرابحة إنما يتعلق بيع المكايسة والاجتهاد دون بيع المحاباة، فإن وقع من غير بيان، فعلى حسب ما تقدم.

مسألة: ولو أحال بالثمن لم يكن له أن يبيع مرابحة، إلا أن يبين، قاله ابن القاسم، فإن باع، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: فمن ابتاع بأجل، فباع مرابحة، ولم يبين: البيع مردود. قال ابن حبيب: إن شاء المبتاع، وهذا خلاف القول الأول.

وقد روى ابن المواز: إن لم يفت ينقض البيع، وليس للمشترى إمساكها، فإن فاتت فعليه قيمتها يوم قبضها بلا ربح، وهو نحو ما فى المدونة، إذا فاتت، وزاد: ولا يضرب له الربح، وإن كانت قيمتها أقل مما باعها به.

قال ابن سحنون عن أبيه: إن فاتت، قوم الدين بالنقد، فإن كان عشرة دنانير، وكانت قيمته ثمانية دنانير، فهى كمسألة الكذب له قيمتها ما لم تجاوز عشرة وربحها أو ينقص من ثمانية وربحها، ويقتضى قوله هذا، أنه موافق لقول ابن حبيب: إن للبائع الرضا بالسلعة، إن لم تفت.

وقد تأول قول ابن القاسم بعض شيوخنا المغاربة على أن المراد به إذا فاتت السلعة؛ لأنه فسخ القيمة التى وجبت بالنقد فى أكثر منها إلى أجل، وهذا ينحو إلى ما قاله ابن حبيب غير أن رواية محمد تمنع هذا؛ لأنه قال: إن لم تفت بنقص، وليس للمشترى إمساكها، وقد حل الشيخ أبو محمد ما فى المدونة وكتاب محمد على وجه واحد،

وكذلك تأوله جماعة من القرويين، وقد استوعبنا الكلام على هذه المسألة فى شرح المدونة.

وقد اختلف المتأخرون من أصحابنا المغاربة فى هذه المسألة، فقال بعض القرويين: إنه سواء أخر بعد الشراء النقد أو اشترى على التأجيل.

وقال أبو محمد عبدالحق: لم يجعلها ابن القاسم كمسألة الكذب، وليس هذا بالبين من قول ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: ولو اشترى سلعًا، فباع بعضها مرابحة، فلا يخلو أن تكون غير مكيلة ولا موزونة، أو مما يكال أو يوزن، فإن كانت غير مكيلة أو موزنة كالثياب والحيوان، فإن كانت معينة، لم يجز بعضها مرابحة حتى يبين، قاله ابن القاسم فى المدونة: زاد ابن عبدوس: وكذلك الرجلان يشتريان البز، فيقسمانه، لا يبيع أحدهما مرابحة حتى يبين.

ووجه ذلك أنه إذا شملهما عقد بيع، فلا يختص بعضه بحصة من الثمن إلا بعد التقويم، والتقويم قد تدخله الزيادة والنقصان، فلا يلزم ذلك المشترى حتى يبين له به.

وقد علل ابن عبدوس عن ابن القاسم بذلك أن من حجة المبتاع أن الجملة يرغب فيها، فيزاد فى ثمنها، ألا ترى أنه لو استحق جل صفقة لم يلزمه ما بقى، وكان يجب على هذا التعليل أن يكون له ذلك فى المكيل والموزون.

والذى علل به ابن القاسم فى المدونة أن الثمن يقسم على الثوبين بالقيمة، وهو الذى قدمته، وهو أظهر على قوله فى المكيل والموزون، وليس عليه أن يبين.

فرع: فإن لم يبين، قال ابن عبدوس: للمشترى الرد إن شاء، ما لم تفت، فإن فالقيمة يوم القبض ما لم يجاوز الثمن الأول.

مسألة: فأما إن كان الثوبان فى الذمة على صفة واحدة، ففى المدونة عن ابن القاسم: ذلك جائز.

ووجه ذلك أنه لا يحتاج فيما يخص كل واحد منهما من الثمن إلى تقويم لتساويهما فى الصفة، قال ابن القاسم: ألا ترى أنه لو وجد بأحدهما عيب أو استحقاق، رجع بمثله، فأشبه المكيل والموزون، والمعين لا يرجع بمثله.

مسألة: وإن كان مما يكال أو يوزن، فى العتبية: فى طعام أو غيره، ففى المدونة: يجوز أن يبيع بعضه مرابحة دون أن يبين.

ووجهه ما قدمناه من تساوى الثمن فى التقسيط مع تساوى أجزائه. وقد روى ابن القاسم فى الذى يشترى المكيل، فيجد باليسير منه عيبًا، أنه يلزمه أن يرد المبيع، ويمسك السليم إن شاء ذلك البائع، وإن وجد العيب بالأكثر، لم يلزمه ذلك له غرضًا فى الكثرة، فكان يجب على هذا أن يكون ذلك حكم المكيل والموزون، أو يفرق بين مسألة الرد بالعيب والمرابحة فى المكيل والموزون.

مسألة: فإن ابتاع سلعة، يتجوز له فيها درهم زائف، فعليه أن يبين ما نقد فيها، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن نقده معتبر فى بيع المرابحة كما يعتبر فيه ما يعقد به، وإذا لم يبين أحد الأمرين، فللمبتاع الخيار فى ذلك على حسب ما تقدم.

مسألة: ولو وهبه المبتاع بعض الثمن، فقد قال مالك فى المدونة: إذا وهبه ما يشبه أن يكون وضيعة من الثمن، فحط البائع ذلك عن المبتاع، لزم المشترى البيع، فإن أبى البائع، فللمشترى أن يأخذها بجميع الثمن أو يردها.

ولو كان إنما وهبه من الثمن ما لا يشبه أن يوضع عنه لأجل البيع، مثل أن يهبه جميع الثمن أو بصفة لم يلزم البائع أن يحط شيئًا من ذلك عن المشترى. قال ابن القاسم: فعلى هذا يبيع مرابحة، ولا يبين، والله أعلم.

فرع: فإذا قلنا إن البائع مرابحة يحط ما حط على وجه الوضيعة، فقد قال سحنون: يحطه ذلك دون ماله من الربح. وقال أصبغ: بل يحطه إياه بما يقابله من الربح.

وجه قول سحنون أن البائع مرابحة إنما يسقط عنه من الثمن قدرًا ما، فإن حط عن المبتاع منه ذلك القدر، لزمه البيع، وما يقابل ذلك من الربح، فلم يتعلق به هبة، فلا يلزمه إسقاطه.

ووجه قول أصبغ أن ما يقابل الهبة من الربح إنما يثبت له لأجل ما وضع عن المبتاع للهبة، فيجب أن يحط عن المشترى إذا حطت عنه الهبة كما يثبت عليه بثبوت ما تعلقت به الهبة .

قال مالك: وَإِذَا بَاعَ رَجُلٌ سِلْعَةً قَامَتْ عَلَيْهِ بِمِائَةِ دِينَارٍ لِلْعَشَرَةِ أَحَدَ عَشَرَ ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهَا قَامَتْ عَلَيْهِ بِتِسْعِينَ دِينَارًا، وَقَدْ فَاتَتِ السِّلْعَةُ خُيِّرَ الْبَائِعُ، فَإِنْ أَحَبَّ فَلَهُ قِيمَةُ سِلْعَتِهِ يَوْمَ قُبِضَتْ مِنْهُ، إلا أَنْ تَكُونَ الْقِيمَةُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِى

وَجَبَ لَهُ بِهِ الْبَيْعُ أَوَّلَ يَوْمٍ، فَلا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ وَذَلِكَ مِائَةُ دِينَارٍ وَعَشْرَةُ دَنَانِيرَ، وَإِنْ أَحَبَّ ضُرِبَ لَهُ الرِّبْحُ عَلَى التِّسْعِينَ إلا أَنْ يَكُونَ الَّذِى بَلَغَتْ سِلْعَتُهُ مِنَ الثَّمَنِ أَقَلَّ مِنَ الْقِيمَةِ، فَيُخَيَّرُ فِي الَّذِى بَلَغَتْ سِلْعَتُهُ وَفِى رَأْسِ مَالِهِ وَرِبْحِهِ، وَذَلِكَ تِسْعَةٌ وَتِسْعُونَ دِينَارًا[1].

الشرح: وقوله: «**وإن باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار**» يريد قامت عليه بابتياع مكايسة واجتهاد؛ لأن بيع المرابحة مخصوص بما ملكه البائع بذلك دون ما ملكه بميراث أو هبة أو صدقة، فإن ملكه بشىء من ذلك، لم ينبغ له أن يبيع مرابحة، وكذلك إن اشتراها رجاء فى ذلك، لم يجز له أن يبيع مرابحة حتى يبين.

وقد قال ابن القاسم فى المدونة: من اشترى جارية بعشرين، فباعها بثلاثين، فأقال منها المشترى، لم يجز له أن يبيع مرابحة، إلا على العشرين؛ لأنه لم يتم البيع بينهما.

وقال مالك فى العتبية: وإن أقالك من سلعته، فلا يبيع مرابحة على ثمن الإقالة حتى تبين.

فتفسير ابن القاسم على إحدى الروايتين فى الإقالة أنها نقض بيع.

وأما على قولنا أنها بيع مبتدأ، فلا يجوز أيضًا أن يبيع مرابحة؛ لأن الإقالة من عقود المكارمة والمساحة، فلا يجوز أن يباع مرابحة ما ملك على هذا الوجه لما قدمناه من أن بيع المرابحة مخصوص بما ملك على وجه الاجتهاد والمكايسة.

مسألة: ولو باع رجل من رجل سلعة بربح درهم، ثم اشتراها منه بربح درهمين، جاز أن يبيع مرابحة، ولا يبين، قاله ابن القاسم فى العتبية، وهذا بخلاف الإقالة؛ لأن ابتياعه للسلعة بربح من عقود المكايسة، وهذا منها، ولا يمتنع أن يبيعها بربح، ثم يرى إن اشتراها بأكثر من ذلك الثمن وجه ربح لحوالة الاسواق أو لزيادة فى عينها أو لغير ذلك.

ومن الواضحة: إذا أقاله بزيادة أو نقصان أو اشتراها بربح، فلا يبيع مرابحة على الثمن الآخر حتى يبين، قاله مالك.

مسألة: ومن أبضع فى سلعة اشتريت له، ففى العتبية عن مالك: له أن يبيع، ولا يبين. قال سحنون: يلزمه أن يبين.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٠٤.

وجه قول مالك أن رضاه بما اشترى له حين رآه، لا يخلو أن يكون لما رأى فى ذلك من الغبطة، وأنه لا غبن عليه فيها، أو رأى الغبن فيها ورضيها لغرض له فيها، رأى أنه لا غبن فيها، ورضيها، فهو كشرائه لها، لا يبيع حتى يبين لما فى ذلك من المحاباة؛ لأنه قد كان له أن يردها على من تولى شراءها.

وجه قول سحنون ما احتج به من أن للمشترى أن يقول: إنما رضيت باجتهادك وميزك، فلا أرضى بما تناول غيرك شراءه.

فصل: وقوله: «**فى الذى يبيع سلعة مرابحة قامت عليه بمائة للعشرة أحد عشر، ثم جاء بعد ذلك أنها قامت عليه بتسعين**» يحتمل أن يريد بذلك أن البائع غلط وظن أنها قامت بمائة، فباع بذلك، ثم جاءه العلم بأنه قامت عليه بتسعين، ويحتمل أن يريد بذلك أن البائع، قال: قامت عليه بمائة، ثم جاء المبتاع العلم بأنها قامت عليه بتسعين، ولا يخلو أن يكون هذا الخبر، ورد قبل أن تفوت السلعة أو بعد أن فاتت.

فإن كان ذلك قبل أن تفوت، فللمبتاع أن يأخذها بجميع الثمن، فيلزم ذلك البائع أو يردها، فيلزم ذلك البائع، وليس للمبتاع أن يقول آخذها بتسعين، وربحها إلا أن يرضى البائع، قاله ابن القاسم فى المدونة واحتج لذلك بأنه للمبتاع أن يأخذها بالثمن الصحيح وربحه، وهى لم تبلغ منه بذلك، وللبائع أن يلزم ذلك المبتاع بالتسعين، وربحها، فيلزمه ذلك.

فرع: وأيهما يبدأ بالتخيير، قال سحنون: إن لم تفت بدئ المبتاع بالخيار، بين أن يرد أو يحبس بجميع الثمن، فإن رد، خير البائع بين أو يرد أن يحط الكذب وربحه، فيتم البيع. قال ابن عبدوس: والفرق بين هذا وبين العيب يجده المبتاع، فيحط عنه قيمته البائع، أن ذلك لا يلزم المبتاع، أن العيب قائم بعد الحطيطة، ولا يبقى بعد حطيطة الكذب شىء يكرهه المبتاع من السلعة، ويصير كالعيب يذهب.

فصل: وقوله: «**فإن فاتت السلعة خير البائع، فإن أحب فله قيمة سلعته يوم قبضها منه**» وقد روى على بن زياد عن مالك فى المدونة: قيمتها يوم باعها. قال ابن القاسم: يوم قبضها المبتاع. فعلى هذا يحتمل أن يكون ابن القاسم راعى القيمة يوم القبض، يؤيد ذلك أنه روى عن مالك أنه يشبه البيع الفاسد. وعلى رواية على بن زياد: القيمة يوم العقد، أنه عقد صحيح.

وقد قال بعض الفقهاء: إنما حمل ذلك ابن القاسم على أن يوم القبض هو يوم العقد،

وقد قال ذلك فى غير مسألة، فعلى هذا لا خلاف بين القولين فى المسألتين وتأويلهما.

وقد روى عن الشيخ أبى عمران رضى الله عنه: أن ضمان السلعة قبل القبض من البائع. وروى عنه: من المبتاع، وهو يرجح بين المقالتين، وتأويلهما والله أعلم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى تبين عندى أن هذا اللفظ غير مراعى، وأن يوم القبض هو يوم العقد، قول مالك فى الموطأ فى مسألة على بن زياد فيمن اطلع على سلعة باعها مرابحة على زيادة فى ثمنها: قيمتها يوم قبضت بمثل قول ابن القاسم.

وإذا قلنا بذلك، فوجه واضح، وإذا قلنا إن ذلك على روايتين. فوجه قول ابن القاسم أنه بيع يفوت بحوالة الأسواق، فاعتبرت فيه القيمة يوم القبض كالبيع الفاسد.

ووجه رواية على بن زياد أنه عقد عرا عن الفساد، فاعتبر فيه القيمة بيوم العقد كسائر البيوع الصحيحة فى الاستحقاق والرد بالعيب، والله أعلم.

مسألة: وبماذا تفوت السلعة، اتفق أصحابنا على أنها تفوت بالزيادة والنقصان. وزاد ابن القاسم: طرد مذهبه فى تشبيه ذلك بالبيع الفاسد، أنها تفوت بحوالة الأسواق والله أعلم.

وأما رواية على بن زياد، فظاهرها أنها من البيوع الصحيحة، فلا تفوت بحوالة الأسواق. وقد تأول عليه ذلك لما ورى فى المدونة عن مالك: إن فاتت السلعة بنماء أو نقصان خير البائع، ولم يذكر حوالة الأسواق.

وهذا التأويل ليس بالبين؛ لأنه قد روى عن مالك ما سمع منه، وليس فيه نفى بغير ذلك إلا عند من قال بدليل الخطاب فى الأسماء وهو ضعيف.

وفى المدونة من قول ابن القاسم أن فوات السلعة فى قول مالك: إن ابتاع، أو تذهب من يده أو يزيد فى بدنها أو تنقص، قيل له: فإن تغيرت الأسواق؟ قال: هو فوات أيضًا، فنص أولا على تغيير العين وفواتها، ولم يذكر حوالة الأسواق، فلما سئل عن ذلك ألحقه بما تقدم.

قال مالك: وَإِنْ بَاعَ رَجُلٌ سِلْعَةً مُرَابَحَةً، فَقَالَ: قَامَتْ عَلَيَّ بِمِائَةِ دِينَارٍ ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهَا قَامَتْ بِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ دِينَارًا خُيِّرَ الْمُبْتَاعُ، فَإِنْ شَاءَ أَعْطَى

الْبَائِعَ قِيمَةَ السِّلْعَةِ يَوْمَ قَبْضَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الثَّمَنَ الَّذِي ابْتَاعَ بِهِ عَلَى حِسَابِ مَا رَبَّحَهُ بَالِغًا مَا بَلَغَ، إلا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَ بِهِ السِّلْعَةَ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُنَقِّصَ رَبَّ السِّلْعَةِ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَهَا بِهِ؛ لأَنَّهُ قَدْ كَانَ رَضِيَ بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا جَاءَ رَبُّ السِّلْعَةِ يَطْلُبُ الْفَضْلَ، فَلَيْسَ لِلْمُبْتَاعِ فِي هَذَا حُجَّةٌ عَلَى الْبَائِعِ بِأَنْ يَضَعَ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي ابْتَاعَ بِهِ عَلَى الْبَرْنَامَجِ(١).

الشرح: قوله: **«ومن باع من رجل سلعة مرابحة على أنها قامت عليه بمائة ثم جاءه العلم، أنها قامت عليه بمائة وعشرين، فإن كانت لم تفت»** روى على بن زياد عن مالك فى المدونة أن للمشترى رد الجارية أو يضرب له الربح على عشرين ومائة.

ووجه ذلك أن البائع قد تبين غلطه، فلا يلزمه ذلك مع وجود سلعته قائمة، ولا يلزم المبتاع ما ظهر من الثمن الذى لم يرض به، فكان له الخيار فى ذلك.

مسألة: فإن فاتت، فقد قال فى الموطأ: إن شاء أعطى البائع قيمته السلعة يوم قبضها، وإن شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به، يريد المائة وعشرين على حساب ما ربحه، بالغًا ما بلغ إلا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذى ابتاع به، يريد إلا أن تكون القيمة أقل من الثمن الأول، وهو المائة، فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذى ابتاعها أتى بلفظ التخيير، وليس هناك تخيير، وإنما هو على سبيل المجاز إلا أن يكون بمعنى الندب للمبتاع أن يبلغ البائع الثمن الذى ظهر وربحه، ولا ينقصه منه شيئًا، وإن كانت قيمة السلعة أقل من ذلك.

ومعنى لفظ المدونة فى رواية على زياد أن للمشترى أن يعطى البائع القيمة، إلا أن تكون أقل من الثمن الذى اشتراها به، وهى عشرة ومائة ينقص منه أو يكون أكثر من ضرب الربح على رأس المال، وهو مائة وعشرون، فلا يزاد عليه.

ووجه ذلك أن السلعة لما فاتت، ولم يتقدم فيها عقد سالم يلزم بمجرده دون الفوات كان بدل تلك السلعة قيمتها كالبيع الفاسد، فإن قصرت القيمة عن الثمن الأول أو ربحه، فلا ينقص منه؛ لأن المبتاع قد كان رضى به دون أن يظهر من زيادة الثمن، فلا حجة له.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٠٤، وقال: إنما قال على البرنامج، لأن بيع المرابحة عنده للعشرة أحد عشر، والمعهود عند أهل المدينة فى بيع البرنامج، وهو الذى يسميه أهل العراق **«ده دوازده»** للعشرة أحد عشر.

وإن كانت القيمة أكثر من الثمن الذى ظهر وربحه، فلا حجة للبائع، لأنه قد كان رضى أن يبيعه بأقل من هذا، وهو يعتقد أن ذلك ثمنه، فإن أعطى الذى ظهر ربحه، فلا حجة له، فإن المشترى يقول: لم أكن أريد أن أشترى هذه السلعة بقيمتها، والله أعلم.

ومن اشترى ثوبًا بعشرة، فغلط البائع، فدفع إليه ثوبًا بخمسة عشر، فلبسه حتى أبلاه، ففى الموازية والعتبية، أشهب عن مالك: إن قطعه المبتاع ، فهو له بثوبه. وقال ابن ميسر: لربه أخذه مقطوعًا دون غرم شىء، وكذلك إن دفعه إليه رسوله.

ووجه ذلك ما قاله فى العتبية أن للمبتاع أن يقول: أردت ثوبًا بعشرة، ولم أرد ثوبًا بخمسة عشر، فيحتمل أن تكون مسألة المرابحة.

ومسألة العتبية مسألة واحدة فيهما روايتان، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رواية على إنما هى فى مسألة المرابحة، رواية أشهب فى مسألة مساومة.

فرق: والفرق بينهما أن بيع المرابحة إنما باعه على أن يربح فى كل عشرة دينارًا، فإذا فات عنده الثوب بلبس أو قطع، لم يجز أن يرجع على ذلك، إلا إلى القيمة ما لم ينقص عن الثمن الأول وربحه، فلا ينقص منه؛ لأن المشترى قد رضى بذلك أو يزيد على الثمن الذى ظهر آخرًا وربحه، فلا يزاد عليه؛ لأن هذا أقصى مطلب البائع، وليس كذلك الذى باع مساومة، فإنه لم يدخل على اشتراط ربح ولا نجاة عن خسارة، وهذا كما تقول فى الرجل يشترى نصف العبد بمائة، ويشترى رجل آخر نصفه الآخر بمائتين ويبيعانه مرابحة، فإن لصاحب المائة ثلث الثمن ولصاحب المائتين ثلثى الثمن، ولو باعا مساومة لكان الثمن بينهما نصفين.

فرع: فإذا قلنا برواية على بن زياد فيماذا يثبت بما ادعاه البائع؟ قال ابن ميسر: لا يصدق، إلا أن يعلم ذلك بقوم حضروا شراءه، وأمر يستدل عليه، والثوب حاضر.

قال القاضى أبو الوليد: ومعناه عندى أن يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه، وأنه يشبه من الثمن ما دفعه عليه، والله تعالى أعلم.

* * *

الْبَيْعِ عَلَى الْبَرْنَامَجِ

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْقَوْمِ يَشْتَرُونَ السِّلْعَةَ الْبَزَّ أَوِ الرَّقِيقَ، فَيَسْمَعُ بِهِ الرَّجُلُ، فَيَقُولُ لِرَجُلٍ مِنْهُمْ: الْبَزُّ الَّذِي اشْتَرَيْتَ مِنْ فُلانٍ قَدْ بَلَغَتْنِي صِفَتُهُ وَأَمْرُهُ،

فَهَلْ لَكَ أَنْ أُرْبِحَكَ فِى نَصِيبِكَ كَذَا وَكَذَا، فَيَقُولُ: نَعَمْ، فَيُرْبِحُهُ وَيَكُونُ شَرِيكًا لِلْقَوْمِ مَكَانَهُ، فَإِذَا نَظَرَ إِلَيْهِ رَآهُ قَبِيحًا وَاسْتَغْلاهُ[(١)].

قال مالك: ذَلِكَ لازِمٌ لَهُ، وَلا خِيَارَ لَهُ فِيهِ إِذَا كَانَ ابْتَاعَهُ عَلَى بَرْنَامَجٍ وَصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ[(٢)].

الشرح: قوله فى أول المسألة: «**فى القوم يشترون البز والرقيق، فيبيعه على البرنامج**»[(٣)] يريد والله أعلم أن الرقيق غيب غيبة بعيدة يشق على المبتاع غالبًا التوجه إليهم، ولو كانوا حاضرين لم يجز ذلك، لأن النظر إليهم ممكن لا مشقة فيه، فلا ينوب عنها الوصف، وإنما ينوب عنها إذا كان يمنع من النظر إليها مانع من بعد مسافة أو تغيير طى وشد يلحق فيه مؤنة ونفقة، ويؤدى ذلك إلى تغيير نضارة الثوب وهيئته التى تزيد فى ثمنه.

وقد روى ابن المواز عن مالك: لا خير فى أن يبيع جارية عنده فى الدار حاضرة على الصفة. قال محمد: لأنه يقدر على النظر إليها.

ووجه ذلك أنه لم تكن فى النظر إليها مضرة وشرطا ترك ذلك، فهو من بيع المنابذة الذى نهى عنه ومن بيع الغرر الذى لا يجوز إذا قصده البائعان أو أحدهما، والله أعلم.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٣٥.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١١/٢٠.

(٣) قال فى الاستذكار ٢١٢/٢٠: بيع البرنامج هو من باب بيع الغائب على الصفة. وقد اختلف فى ذلك السلف والخلف. فمنهم من أجازه وأبطل فيه خيار الرؤية إذا وجد على الصفة، وهو قول مالك، وأكثر أهل المدينة، وهو أحد قولى الشافعى فى بيع الغائب على الصفة. ومنهم من قال: للمشترى فيه خيار الرؤية على كل حال، وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، وهو أحد قولى الشافعى. وللشافعى قول ثالث هو الذى اختاره المزنى أن البيع فى ذلك باطل؛ لأنه لا عين مرئية، ولا صفة مضمونة، وأنهما يفترقان فى خيار الرؤية على غير تمام بيع، ولا صفقة. ومن حجته فى ذلك على مالك أنه لم يجز بيع الساج المدرج فى جرابه ولا الثوب القبطى فى طيه حتى ينشر، وينظر إلى ما فى أجوافهما، قال: والنظر إليهما دون نشرهما لصفة البرنامج، أو أكثر منها، قال: وإذا لم يجز ذلك فى الثوب الواحد، وغرره أقل، كان الغرر فى الكثير من الثياب أكثر. قال أبو عمر: قد وقف مالك على معنى ما ذكره الشافعى وقال: فرق بين ذلك الأمر المعمول به، وما صدور الناس من معرفة ذلك، وأنه لم يزل بيع البرنامج من عمل الناس الجائز بينهم، ولا يشبه الملامسة.

مسألة: فأما الثياب، فيجوز ذلك فيها على وجهين، أحدهما أن تكون غائبة. والثانى: أن تكون حاضرة مشدودة فى أعدالها بحيث يشق حلها، يحتاج إلى مؤنة فى ردها إلى شدادها مع ما يلحقها فى الحمل والشد، وتكرار ذلك على كل مشتر، يريد رؤيتها من الابتذال لها، والإذهاب لكثير من حسنها، ولا بد فى الوجهين جميعًا من تقدم رؤية أو صفة.

وروى جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبدالرحمن بن عوف، وقد منع من ذلك الشافعى فى أحد قوليه، وقال: لا يجوز بيع عين غير مرئية. وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر.

والدليل على ما نقوله أن هذا بيع على الصفة، فجاز فى العين الغائبة. أصله السلم المضمون فى الذمة.

مسألة: إذا ثبت ما قلناه من أنه يجوز بيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن البيع لازم، وليس لهم رده، وإن استغلوه إذا فتحوا المتاع ما وجدوه على تلك الصفة خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: للمبتاع الخيار، وإن وجد المتاع على تلك الصفة.

والدليل على ما نقوله أن هذا بيع على صفة، فوجب أن يكون لازمًا. أصل ذلك السلم.

فصل: وقوله: «**إن المتاع الذى اشتريته من فلان قد بلغنى صفته وأمره، فهل لك أن أربحك**» لفظ فيه اختصار، ولا بد أن يتصل به أن يذكر له تلك الصفة. وأما إن اقتصر على هذا القول، لم يصح؛ لأن للمبتاع أن يدعى من الصفة إذا انظر إلى المتاع ما شاء، لم يقع بينهما بيع على صفة معينة، فلم يجز ذلك.

فصل: وقوله: «**ويكون شريكًا للقوم مكانه**» يعنى أنهم كانوا جماعة شركاء اشتركوا فى ذلك المتاع، فباع منهم أحدهم حصته، فصار المبتاع شريكًا لسائر الشركاء بحصة من باع منه، ويكون هذا حكمه بنفس العقد قبل فتح المتاع.

فصل: وقوله: «**فإذا نظروا إليه، فرأوه قبيحًا واستغلوه، أن ذلك لازم لهم دون خيار**» يريد أنهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التى تضمنها البرنامج، وذلك أنه على هذا دخل أن يلزمه كل ما وجدت فيه تلك الصفات، فإن الصفات قد تنفق، ويكون بعضها أمثل من بعض، ومثل هذا يعترى المرئى، فقد يرى المتاع فيحسن عنده، ثم يراه مرة أخرى، فيقبح عنده، ولا يثبت ذلك للمبتاع خيارًا، والله أعلم.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَقْدَمُ لَهُ أَصْنَافٌ مِنَ الْبَزِّ، وَيَحْضُرُهُ السُّوَّامُ، وَيَقْرَأُ عَلَيْهِمْ بَرْنَامَجَهُ، وَيَقُولُ: فِى كُلِّ عِدْلٍ كَذَا وَكَذَا مِلْحَفَةً بَصْرِيَّةً وَكَذَا وَكَذَا رَيْطَةً سَابِرِيَّةً ذَرْعُهَا كَذَا وَكَذَا، وَيُسَمِّى لَهُمْ أَصْنَافًا مِنَ الْبَزِّ بِأَجْنَاسِهِ، وَيَقُولُ: اشْتَرُوا مِنِّى عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ، فَيَشْتَرُونَ الأَعْدَالَ عَلَى مَا وَصَفَ لَهُمْ ثُمَّ يَفْتَحُونَهَا فَيَسْتَغْلُونَهَا وَيَنْدَمُونَ[1].

قال مالك: ذَلِكَ لازِمٌ لَهُمْ إِذَا كَانَ مُوَافِقًا لِلْبَرْنَامَجِ الَّذِى بَاعَهُمْ عَلَيْهِ.

قال مالك: وَهَذَا الأَمْرُ الَّذِى لَمْ يَزَلْ عَلَيْهِ النَّاسُ عِنْدَنَا يُجِيزُونَهُ بَيْنَهُمْ إِذَا كَانَ الْمَتَاعُ مُوَافِقًا لِلْبَرْنَامَجِ، وَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا لَهُ[2].

الشرح: وهذا على قاله أن من قدم بأصناف من البز، فيقرأ برنامجه على السوام، ويذكر عدد ما فى كل عدل من ثيابه وأجناسها وذرعها. قال القاضى أبو محمد: ونوعها وثمنها.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى أنه يجب عليه أن يذكر مع الثمن ما يجب أن يذكره من الصفات فى السلم، فإن وافق المتاع تلك الصفات، لزم المبتاع. وقال القاضى أبو محمد فى بيع الأعيان الغائبة: إن الذى يحتاج إليه من ذكر الصفات كل صفة مقصودة، تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان لأجلها، وتقل الرغبة فى العين، وتكثر بحسب عدمها ووجودها، وهو نحو ما قدمناه.

فصل: وقوله: «**ويقول اشتروه منى على هذه الصفة**» يريد والله أعلم، على وجه المرابحة. فأما إن باعه منهم على غير المرابحة، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا أحب ذلك، وهذا تدخله الخديعة.

* * *

بَيْعِ الْخِيَارِ

١٣٤٨ – مَالِك، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢١١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢١١.

١٣٤٨ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٠٧، ٢١٠٩، ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣. ومسلم فى=

«الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلا بَيْعَ الْخِيَارِ».

قال مالك: وَلَيْسَ لِهَذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ وَلا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ فِيهِ(١).

=البيوع ١٥٣١، . والترمذى فى البيوع ١٢٤٥، المناقب ٤٠٠١. والنسائى فى البيوع ٤٤٦٣، ٤٤٦٤، ٤٤٦٥، ٤٤٦٦، ٤٤٦٧، ٤٤٦٨، ٤٤٦٩، ٤٤٧٠، ٤٤٧١، ٤٤٧٢، ٤٤٧٣، ٤٤٧٤، ٤٤٧٥، ٤٤٧٦، ٤٤٧٧، ٤٤٧٨. وأبو داود فى البيوع ٣٤٥٤. وأحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ٣٩٥، مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٧٠، ٤٥٥٢، ٥١٣٦، ٥٩٧٠، ٦١٥٨.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٤٤/٨ - ١٤٧: وروى، عن النبى ﷺ أنه قال: المتبايعان بالخيار وما لم يتفرقا من وجوه كثيرة، من حديث سمرة بن جندب، وأبى برزة الأسلمى، وعبدالله بن عمرو بن العاص، وأبى هريرة، وحكيم بن حزام، وغيرهم. وأجمع العلماء فى أن هذا الحديث ثابت عن النبى ﷺ، وأنه من أثبت ما نقل الآحاد العدول. واختلفوا فى القول به والعمل بما دل عليه، فطائفة استعملته وجعلته أصلاً من أصول الدين فى البيوع، وطائفة ردته، فاختلف الذين ردوه فى تأويل ما ردوه به، وفى الوجوه التى بها دفعوا العمل به. فأما الذين ردوه: فمالك، وأبو حنيفة، وأصحابهما، لا أعلم أحدًا رده غير هؤلاء، إلا شىء روى عن إبراهيم النخعى، فأما مالك رحمه الله فإنه قال فى موطئه لما ذكر هذا الحديث: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به. واختلف المتأخرون من المالكيين فى تخريج وجوه قول مالك هذا، فقال بعضهم: دفعه مالك رحمه الله، بإجماع أهل المدينة على ترك العمل به، وإجماعهم حجة فيما أجمعوا عليه، ومثل هذا يصح فيه العمل؛ لأنه مما يقع متواترًا، ولا يقع نادرًا فيجهل، فإذا أجمع أهل المدينة على ترك العمل به وراثة بعضهم عن بعض، فمعلوم أن هذا توقيف أقوى من خبر الواحد، والأقوى أولى أن يتبع. وقال بعضهم: لا يصح دعوى إجماع أهل المدينة فى هذه المسألة؛ لأن سعيد بن المسيب، وابن شهاب وهما أجل فقهاء أهل المدينة روى عنهما منصوصًا العمل به، ولم يرو عن أحد من أهل المدينة نصًا ترك العمل به، إلا عن مالك، وربيعة، وقد اختلف فيه عن ربيعة، وقد كان ابن أبى ذئب - وهو من فقهاء أهل المدينة فى عصر مالك - ينكر مالك اختياره ترك العمل به، حتى جرى منه لذلك فى مالك قول خشن، حمله عليه الغضب، ولم يستحسن مثله منه، فكيف يصح لأحد أن يدعى إجماع أهل المدينة فى هذه المسألة؟ هذا ما لا يصح القول به. وقال هذا القائل فى معنى قول مالك: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به، إنما أراد الخيار؛ لأنه قال ذلك بإثر قوله: إلا بيع الخيار، وأراد مالك بقوله هذا: ليس عندنا فى المدينة فى الخيار حد معروف، ولا أمر معمول به فيه إنكارًا لقول أهل العراق وغيرهم القائلين بأن الخيار لا يكون فى جميع السلع، إلا ثلاثة أيام، والخيار عند مالك، وأهل المدينة، يكون ثلاثًا وأكثر، وأقل على حسب اختلاف حال المبيع، وليس الخيار عنده فى الحيوان، كهو فى الثياب، ولا هو فى الثياب كهو فى العقار، وليس لشىء من ذلك حد بالمدينة=

.. ..

=لا يتجاوز كما زعم المخالف، قال: فهذا معنى أراد مالك رحمه الله بقوله: وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به، أى: ليس للخيار واشتراطه عندنا حد، لا يتجاوز فى العمل به سنة، كما زعم من خالفنا، قال: وأما حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإنما رده اعتبارًا ونظرًا واختيارًا، مال فيه إلى بعض أهل بلده كما صنع فى سائر مذهبه. قال أبو عمر: قد أكثر المتأخرون من المالكيين والحنفيين من الاحتجاج لمذهبهما فى رد هذا الحديث بما يطول ذكره، وأكثره تشغيب، لا يحصل منه على شىء لازم لا مدفع له، ومن جملة ذلك، أنهم نزعوا بالظواهر، وليس ذلك من أصل مذهبهم، فاحتجوا بعموم قول الله عز وجل: ﴿أوفوا بالعقود﴾. قالوا: وهذان قد تعاقدا، وفى هذا الحديث إبطال الوفاء بالعقد، وبعموم قول رسول الله ﷺ: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه». قالوا: فقد أطلق بيعه إذا استوفاه قبل التفريق وبعده، وبأحاديث كثيرة مثل هذا، فيها إطلاق البيع دون ذكر التفرق، وهذه ظواهر وعموم، لا يعترض بمثلها على الخصوص والنصوص، وبالله التوفيق. واحتجوا أيضا بلفظه رواها عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبى ﷺ أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله». قالوا: فهذا يدل على أنه قد تم البيع بينهما قبل الافتراق؛ لأن الإقالة لا تصح إلا فيما قد تم من البيوع. وقالوا: قد يكون التفرق بالكلام، كعقد النكاح وشبهه، وكوقوع الطلاق الذى قد سماه الله فراقًا، والتفرق بالكلام فى لسان العرب معروف أيضًا، كما هو بالأبدان، واعتلوا بقول الله عز وجل: ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾. وقوله: ﴿ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا﴾. وبقول رسول الله ﷺ: «تفترق أمتى». لم يرد بأبدانهم، قالوا: ولما كان الاجتماع بالأبدان لا يؤثر فى البيع، كذلك الافتراق لا يؤثر فى البيع، وقالوا: إنما أراد بقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار»: المتساومين، قال: ولا يقال لهما متبايعان، إلا ماداما فى حال فعل التبايع، فإذا وجب البيع لم يسميا متبايعين، وإنما يقال: كانا متبايعين، مثل ذلك المصلى، والآكل، والشارب، والصائم، فإذا انقضى فعله ذلك، قيل: كان صائمًا، وكان آكلاً، ومصليًا، وشاربًا، ولم يقل إنه صائم، أو مصل، أو آكل، أو شارب إلا مجازًا، أو تقريبًا واتساعًا، وهذا لا وجه له فى الأحكام، قالوا: فهذا يدل على أنه أراد بقوله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، والمتبايعان بالخيار مالم يتفرقا»: المتساومين. وعن أبى يوسف القاضى نصًا أنه قال: هما المتساومان، قال: فإذا قال: بعتك بعشرة، فللمشترى الخيار فى القبول فى المجلس قبل الافتراق، وللبائع خيار الرجوع فى قوله: قبول المشترى، وعن عيسى بن أبان نحوه أيضًا. وقال محمد بن الحسن: معنى قوله فى الحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، أن البائع إذا قال: قد بعتك، فله أن يرجع ما لم يقل المشترى قد قبلت، وهو قول أبى حنيفة، وقد روى، عن أبى حنيفة أنه كان يرد هذا الخبر باعتباره أياه على أصوله كسائر فعله فى أخبار الآحاد، كان يعرضها على الأصول المجتمع عليها عنده، ويجتهد فى قبولها أو ردها، فهذا أصله فى أخبار الآحاد، وروى عنه أنه كان يقول فى رد هذا الحديث: أرأيت إن كانا فى سفينة، أرأيت إن كانا فى سجن، أو قيد،=

١٣٤٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يُحَدِّثُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا بَيِّعَيْنِ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ مَا قَال الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَّان»(١).

=كيف يفترقان؟ إذن فلا يصح بين هؤلاء بيع أبدًا. وهذا مما يعيب به أبو حنيفة، وهو أكبر عيوبه، وأشد ذنوبه، عند أهل الحديث الناقلين لمثالبه باعتراضه الآثار الصحاح، ورده لها برأيه، وأما الإرجاء المنسوب إليه، فقد كان غيره فيه أدخل، وبه أقول، لم يشتغل أهل الحديث من نقل مثالبه، ورواية سقطاته، مثل ما اشتغلوا به من مثالب أبى حنيفة، والعلة فى ذلك ما ذكرت لك لا غير، وذلك ما وجدوا له من ترك السنن، وردها برأيه، أعنى السنن المنقولة بأخبار العدول الآحاد الثقات، والله المستعان.

١٣٤٩ - أخرجه الترمذى برقم ١٢٧٠، ٥٦١/٣ كتاب البيوع، عن ابن مسعود. وأبو داود كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيع رقم ٣٥١١، ٢٨٣/٣، عن ابن الأشعث، عن أبيه، عن جده. والنسائى كتاب البيوع باب اختلاف المتبايعين فى الثمن ٣٠٣/٧.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٥٦/٨ - ١٥٨: هكذا قال مالك فى هذا الحديث: أيما بيعين تبايعا، ولم يقل فاختلفا، وهى لفظة مدار الحديث عليها ومن أجلها ورد، وسقطت لمالك كما ترى، وفى قوله فيه: «فالقول قول البائع» دليل على اختلافهما، والله أعلم.

وهذا الحديث محفوظ، عن ابن مسعود، كما قال مالك، وهو عند جماعة العلماء أصل تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيرا من فروعه، واشتهر عندهم بالحجاز، والعراق شهرة يستغنى بها عن الإسناد، كما اشتهر عندهم قوله ﷺ: «لا وصية لوارث». ومثل هذا من الآثار التى قد اشتهرت عند جماعة العلماء استفاضة يكاد يستغنى فيها عن الإسناد؛ لأن استفاضتها وشهرتها عندهم أقوى من الإسناد. أخبرنا أحمد بن عبدالله بن محمد، قال: حدثنا الميمون بن حمزة الحسينى، قال: حدثنا الطحاوى، قال: حدثنا المزنى، قال: حدثنا الشافعى، أخبرنا سفيان بن عيينة، عن محمد ابن عجلان، عن عون بن عبدالله بن عتبة، عن ابن مسعود، أن رسول الله ﷺ قال: إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار. وهذا مرسل؛ لأن عونا لم يسمع من ابن مسعود. وحدثنا سعيد بن نصر، وعبدالوارث بن سفيان، قالا: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، ويحيى بن سعيد، عن ابن عجلان، عن عون ابن عبدالله، عن ابن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف البيعان، فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار». أخبرنا عبدالله بن محمد بن عبدالمؤمن، قال: حدثنا محمد بن بكر بن داسة، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنى أبى، عن الأعمش، قال: أخبرنى عبدالرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث، عن أبيه، عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقا من رقيق الخمس، من عبدالله بعشرين ألفا، فأرسل عبدالله إليه فى ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبدالله: فاختر رجلا يكون بينى وبينك، قال الأشعث: أنت بينى وبين نفسك، قال عبدالله: فإنى=

الشرح: قوله ﷺ : «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا» اختلف العلماء فى تأويله، فذهب مالك إلى أن المتبايعين هما المتساومان؛ لأن المتبايعين إنما يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ومحاولته، ولذلك روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يبع بعضكم على بيع بعض»(*) يريد والله أعلم، لا يسم على سومه، فعلى هذا

=سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان». هكذا فى كتابى فى مصنف أبى داود وذكره ابن الجارود، عن محمد بن يحيى، عن عمر بن حفص بن غياث، عن أبيه، عن أبى العميس، عن عبدالرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث، عن أبيه، عن جده، مثله سواء. ولأبى العميس يعرف هذا الحديث، عن عبدالرحمن هذا، لا عن الأعمش، وعبدالرحمن هذا غير معروف بحمل العلم، وهذا الإسناد ليس بحجة عند أهل العلم؛ ولكن هذا الحديث عندهم مشهور ومعلوم، والله أعلم. وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا عبد عبدالله بن محمد النفيلى، قال: حدثنا هشيم، أخبرنا ابن أبى ليلى، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه، أن ابن مسعود باع من الأشعث بن قيس رقيقًا فذكر معناه، والكلام يزيد وينقص. هكذا رواه ابن أبى ليلى، وعمر بن قيس الماصر، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه، وعمر بن قيس الماصر هذا كوفى ثقة، روى عنه ابن عون، وغيره. ذكر العقيلى، قال: حدثنا محمد بن إدريس، قال: حدثنا محمد بن سعيد بن سابق، عن عمرو بن أبى قيس، عن عمر بن قيس الماصر، عن القاسم بن عبدالرحمن، عن أبيه، عن عبدالله بن مسعود، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا تبايع المتبايعان بيعًا ليس بينهما شهود، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع». حدثنا عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا بكر بن حماد، قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا حماد، عن أبان بن تغلب، عن القاسم بن عبدالرحمن، أن الأشعث اشترى من عبدالله رقيقًا من رقيق الإمارة، فأتاه فقاضاه، فاختلفا فى الثمن، فقال له عبدالله: أترضى أن أقضى بينى وبينك بقضاء رسول الله ﷺ، قال: «إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع أو يترادان». ورواه حجاج، عن ابن جريج، قال: أخبرنى إسماعيل بن أمية، عن عبدالملك بن عبيدة، قال: حضرنا أبا عبيدة بن عبدالله بن مسعود فذكر، عن أبيه، عن النبى ﷺ معناه. قال أبو عمر: هذا الحديث وإن كان فى إسناده مقال من جهة الانقطاع مرة، وضعف بعض نقلته أخرى، فإن شهرته عند العلماء بالحجاز والعراق يكفى ويغنى.

(*) أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، الشروط ٢٧٢٧. ومسلم فى النكاح ١٤١٣، البيوع ١٥١٥، ١٥٢٤. والترمذى فى النكاح ١١٣٤، البيوع ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٥١، ١٣٠٤. والنسائى فى النكاح ٣٢٣٧، البيوع ٤٤٨٥، ٤٤٨٦، ٤٤٨٧، ٤٤٨٩، ٤٤٩٤، ٤٤٩٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٤، ٤٥٠٥. وأبو داود فى البيوع ٣٤٣٧، ٣٤٣٨، ٣٤٤٣، ٣٤٤٤، ٣٤٤٥. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٨، ٢٢٩٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٠٧، ٧٢٦٣، ٧٣٣٣، ٧٤٠٦، ٧٤٧١، ٧٦٤١، ٧٦٧٠،=

يكونان بالخيار ما لم يفترقا بالقول.

ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع بإتمام الإيجاب والقبول، ويكون معناه أن تفرقهما قد حصل بأن استبد المبتاع بما ابتاعه، والبائع بثمنه، وقد يكون التفرق بالانحياز إلى المعانى والتباين فيها، قال الله تعالى: ﴿**وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة**﴾ [البينة: ٤]، يريد والله أعلم، تفرقهم فى الأديان ومباينة بعضهم لبعض فيها، فعلى هذا يكون معنى الحديث: المتساومين لهما الخيار ما لم يكملا البيع، قال بهذا أبو حنيفة والنخعى وربيعة بن أبى عبدالرحمن.

وذهب ابن حبيب إلى أن المتبايعين هما من وجد منهما التبايع، وانقضى بنيهما بإتمام الإيجاب والقبول، وأنهما قبل ذلك لا يوصفان بأنهما متبايعان، وإنما يوصفان بأنهما متساومان.

ومعنى ما لم يفترقا، بالأبدان، فيكون معنى الحديث على ذلك أنهما بالخيار بعد وجود الإيجاب والقبول، ما داما فى المجلس حتى يفترقا، بأن يزول أحدهما عن الآخر ويفارقه بذاته، وبهذا قال الشافعى، وهو مذهب عبدالله بن عمر وسعيد بن المسيب والحسن البصرى.

والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة، فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح.

فصل: وقوله ﷺ: «**كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا، إلا بيع الخيار**»[1] يقتضى والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه، إلا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة يثبت مثلها فى المبيع، ولا يقدر الخيار بمدة، فيقضى فيها بالواجب، فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه.

قوله: «**أنهما بالخيار ما لم يفترقا**»[2] فإنه لا خيار بينهما بعد التفرق، إلا فى بيع

=٨٠٣٩، ٢٧٤٢٩، ٨٥٠٥، ٨٧٨٠، ٨٨٧٦، ٨٩٦٩، ٩٠٥٥، ٩١٦٠، ٩٢٧٥، ٩٦٣٥، ٩٦٧٥، ٩٧١٦، ٩٨٧٥، ٩٨٩٦، ٩٩٤٣، ١٠١٣٨، ١٠٢٠٨، ١٠٢٧١، ١٠٤١٧، ١٠٤٦٣. والدارمى فى البيوع ٢٥٥٣، ٢٥٦٦. والدارقطنى ٧٤/٣، عن أبى هريرة. وابن أبى شيبة ٣٩٩/٦، عن أبى هريرة.

(١) «إلا بيع الخيار» قال النووى: فيه ثلاثة أقوال أصحها: أن المراد التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس، وتقديره يثبت لهما الخيار مالم يتفرقا إلا أن يتخايرا فى المجلس ويختارا أيضًا البيع فيلزم البيع بنفس التخاير ولا يدوم إلى المفارقة.

(٢) قال فى الاستذكار ٢٣٥/٢٠: البيعان بالخيار مالم يفترقا، فليس فى لفظه شىء يدل على الندب، وإنما هو حكم، وقضاء، وشرعٌ من رسول الله ﷺ، لا يحل لأحد خلافه برأيه.

الخيار، فكأنه قال: حكم البيوع اللزوم بمجرد العقد إلا البيع الذى يشترط فيه الخيار، فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط.

ومعناه على تأويل ابن حبيب أن كل واحد منهما بالخيار ما داما فى المجلس إلا بيع الخيار، وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه: اختبر الإمضاء أو الرد، فيختار، فينقطع بذلك الخيار، ويكون معنى ذلك أن عقد البيع على الخيار إلا أن يوقف على قطع الخيار بعده، واللفظ فى الأول أظهر من وجهين، أحدهما: أن بيع الخيار إذا أطلق فى الشرع، فإنه يفهم منه إثبات الخيار فيه لا قطعه.

والثانى: أنه إذا قال: له بعد كمال العقد أجر، أو رد، لا يجب أن يوصف بذلك البيع بأنه بيع خيار؛ لأنه قطع الخيار إنما يطرأ بعد كمال العقد. وعلى تأويل مالك يوصف بيعهما بأنه بيع خيار؛ لأنه مشترط فيه ومنعقد على حكمه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن: مدة الخيار ثابتة فى الشرط، وهى مختلفة باختلاف المبيع، ولا يقصر على ثلاثة أيام خلافًا لأبى حنيفة والشافعى.

والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يستحق به الرد، فلم يقصر على ثلاثة أيام كخيار الرد بالعيب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالخيار بالبيع بقدر ما يحتاج إليه من مدة النظر إليه، والاختيار له، والسؤال عنه، مع تسرع استحالة المبيع وإبطاء ذلك فيه، ففى المدونة: هو فى الدار الشهر ونحوه. وفى الواضحة عن ابن الماجشون: الشهر والشهران.

ووجهه أنه يحتاج من النظر إلى حيطانها، وأسسها، ومرافقها واختبار جيرانها، ومكانها، إلى ما يحتاج فيه إلى المهلة مع كونها مأمونة لا تسرع إليها الاستحالة.

فرع: وأما الرقيق، فعن مالك فى المدونة: الخمسة الأيام والجمعة، وما أشبه ذلك.

وقال ابن المواز: الأربعة أيام والخمسة، ولا أفسخه فى عشرة أيام، وأفسخه فى الشهر. وأجاز ابن القاسم فى العبد عشرة أيام. وروى ابن وهب أن مالكًا أجازه فى الشهر، وأباه ابن القاسم وأشهب.

وجه إجازته فى الشهر أن الرقيق ذو ميز، وربما ستر ما فيه الأخلاق والعيوب التى تزهد فيه، ويستعمل ما يرغب فيه مدة، فيجب أن يسرع فيه من مدة الشرط ما لا يكاد أن يستر فيه أمره غالبًا، وإن رام ستره.

ووجه قول ابن المواز أنه يحتاج فيه إلى الاختبار المدة إلا أن التغير يسرع إليه، فمنع ذلك طويل المدة والشهر مدة يتغير فيها غالبًا.

فرع: وأما الدابة، ففى المدونة يركب اليوم وما أشبهه، ولا بأس أن يشترط السير عليها البرد والبريدين، ما لم يتباعد ذلك. والفرق بينهما وبين الرقيق أنها لا تميز، فتكتم أخلاقها وأحوالها، ففى مثل هذه المدة يختبر حسن أخلاقها، وسيرها، ويحتمل أن يريد ركوب الدابة اليوم فى المدينة على حسب ما يركب الناس فى تصرفاتهم، وسير البريدين لمن خرج من المدينة ليختبر بذلك تفاسيرها وصبرها فى حالها.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى أن تضاف إلى ذلك الليلة ليختبر أكلها، وحالها فى وقوفها، ووضع آلتها عليها، ونزعها عنها، ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج إليه، فإنما يسرع التغير إليها.

وقال أبو محمد عبد الحق: إنه يشترط الخيار فى الدابة اليوم والثلاثة كالثوب من غير ركوب، وإنما شرطه فى المدونة اليوم للركوب، والله أعلم.

فرع: وأما الثوب، ففى الواضحة: يشترط فيه اليومان والثلاثة. ووجه ذلك أنه يسئل يسئل عنه أهل المعرفة به، ولم يضيق عليه فى ذلك؛ لأنه يسرع إليه التغير، ولا يشترط لباس الثوب، وإن شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة؛ لأن اختبار الرقيق، إنما يكون بالاستخدام والتصرف واختبار الدابة بالركوب، وأما الثوب، فلا يختبر باللباس، إلا أن يشترط منه قدر ما يعرف به طوله أو قصره.

فرع: وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء والتفاح والرمان والخوخ، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن كان الناس بستشيرون فى مثل هذا، ففيه من الخيار بقدر الحاجة، وهذا فيما يعرف بعينه كالثوب والدابة والدار والعبد، فأما ما يعرف بعينه كالمكيل والموزون والمعدود، فإن اشترط فيه خيار، فلا يغيب المشترى على شىء منه، قاله ابن القاسم وأشهب؛ لأنه قد يغيب عليه فيرد غيره مكانه. قال أشهب: لأنه يصير تارة سلفًا إن رده، وتارة بيعًا إن أبى رده.

فرع: وأما الخيار فى السلم، فقد قال مالك: يجوز فيه اليوم واليومان والثلاثة.

ووجه ذلك أنه لمعنى السؤال والمشورة مع أن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير، فصار كالثوب، وإنما يمنع من كثيره لما فى ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ، وذلك مما يعفى عن يسيره دون كثيره.

مسألة: إذا شرط الخيار، ولم يقرر المدة لم يبطل البيع، وحكم فى ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة فى غالب العادة. وقال أبو حنيفة والشافعى: يبطل العقد.

والدليل على ما نقوله أن هذا الخيار له قدر فى الشرع، وذلك قدر الحاجة إليه فى كل نوع من المبيع، فإذا أخلا بذكره، فقد دخلا على المعروف، ألا ترى أنهما لو زادا عليه لفسد العقد به، ولم يثبت لهما ما زاداه.

مسألة: إذا شرطا من مدة الخيار ما لا يجوز، فقد قال سحنون فيمن اشترى دارًا بالخيار ثلاث سنين أو أربع سنين، أو أجل لما يجوز له الخيار: ترد إلى صاحبها، ولا تفوت بالبناء والغرس فى مدة طويلة، فالبناء فوت، وعليه قيمتها يوم خروج وقت الخيار.

وروى ذلك العتبى عن سحنون، وإنما معنى ذلك أن بناء المبتاع فى مدة الخيار والخيار لغيره لا يبطل حكم الخيار، فيكون بمنزلة من بنى فى ملك غيره، ولو كان الخيار له، فبنى لعد ذلك منه إمضاء البيع، فيكون بمنزلة من بنى بعد انقضاء مدة الخيار، وذلك فوت.

وقد روى سحنون عن ابن القاسم فيمن ابتاع حيوانًا أو غيره، على أنه بالخيار أربعة أشهر، فقبض المبيع، فإن مصيبته من البائع إذا لم يتم فيها بيع، يريد والله أعلم، أنها تلفت فى مدة الخيار.

وروى ابن سحنون عن أبيه فيمن اشترى سلعة، وشرط فيها الخيار سنة أو سنتين، أن البيع فاسد، وضمانها من المشترى من يوم قبضها. وقال الشيخ أبو محمد: ورواية العتبى عنه أحسن والله أعلم.

وجه رواية العتبى أنه لم يقبض السلعة فى مدة الخيار على وجه التمليك، فلم يكن نماؤها ونقصانها له، فلا تفوت بذلك عنده، ولا يضمن ضياعها؛ لأنه لم يقبضها بذلك، فإذا خرجت عن أيام الخيار، فقد بقيت عنده على وجه التمليك، فتفوت بما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقص، ويكون ضمانها منه.

ووجه القول الثانى ما احتج به من أنه قبضها بالبيع الفاسد، وذلك مثل ما قال أصحابنا فيمن باع سلعة على أنه متى رد الثمن، فهو أحق بسلعته، وإن رده إلى خمس سنين أو أكثر مما لا يجوز الخيار إليه، أنه بيع فاسد والمشترى ضامن من يوم القبض.

وفرق بينه وبين المشترى بالخيار إلى ما يجوز فيه الخيار ويشترط النقد، فقال: فى هذا ضمانها من البائع، وإن قبضها المشترى، إلا أن يقبضها بعد أجل الخيار؛ لأن الخيار هاهنا صحيح لم يفسد به العقد.

فرع: وما حدث بالمبيع من نماء فى أمد الخيار، فلا يخلو أن يكون من جنسه أو من غير جنسه، فإن كان جنسه كالولد، فقد قال ابن القاسم الولد فى مدة الخيار للمشترى. وقال أشهب: هو للبائع.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء من جنس العين، فكان حكمه حكمها كالسمن.

ووجه قول أشهب أنه نماء منفصل كالمال يوهب للعبد فى مدة الخيار، فإنه للبائع. قال أشهب: إن اختار المشترى البيع، واتفقا على جمعهما فى ملك وإلا نقض البيع.

ومن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن، فلم يختر حتى وضعن، قال ابن القاسم: هذا لا يكون له الخيار فى أخذ الأمهات، ويفسخ البيع من أجل التفرقة، وقيل لا يفسخ، والولد للبائع، ويجمع بينهما فى ملك أو يبيعان.

وهذا موافقة من ابن القاسم لأشهب، وكان يجىء على قول ابن القاسم فى المدونة أنه يختار الأمهات، وتكون أولاد ما اختار معها بمنزلة سمن أجسامها.

وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه من مائة يختارها، فولدت: أنه يختار الأمهات دون الأولاد. قال أشهب: وقد وضعت فى ضمان غيره.

مسألة: ولا يجوز اشتراط النقد فى بيع الخيار؛ لأنه تارة يكون بيعًا إن اختار البيع، وتارة يكون سلفًا إن رد البيع، ولا يجوز أن يشترط السلف للتخيير فى بيع؛ لأن السلف من عقود المعروف التى تبطل المعاوضة إذا قارنتها كالبيع والسلف، وقد أشار إلى هذا سحنون، وهو ظاهر فى المدونة.

فرع: فإن عجل النقد على الطوع بعد تقدم العقد، جاز إلا فى السلم، قال ذلك الشيخ أبو محمد، رحمه الله.

ووجهه ما احتج به من أنه إذا تطوع بالنقد فيه، ثم أراد الإجازة، فسخ الثمن الذى تطوع بنقده فى المسلم فيه إلى أجل، وذلك لا يجوز؛ لأنه فسخ دين فى دين وإذا كان الخيار فى بيع معين، وتطوع بتعجيل النقد صرف الثمن الذى تبرع بتقديمه فى عين يتعجل قبضه، والله أعلم.

مسألة: ومما يكون من المبتاع إجازة فى مدة الخيار أن يهب ما اشتراه بالخيار، أو تكون جارية، فيدبرها أو يكاتبها أو يؤجرها أو يعتقها، أو يتصدق بها، أو يطؤها، أو يقبلها، أو يباشرها، فذلك كله إجازة عند ابن القاسم، وذلك أن مثل هذا لا يفعله الإنسان إلا فيما يملكه، فكان فعله له فيما يجوز له أن يتملكه تملكًا كانتزاع مال عبده.

فرع: فإذا جرد الجارية لينظر إليها، فليس ذلك باختيار إلا أن يجردها ملتذذًا بالنظر إليها، أو ينظر إلى فرجها، فذلك رضى بها، قاله ابن القاسم.

ولو كانت جارية، فزوجها، لكان ذلك منه رضًا، قاله ابن المواز، قال: وإنما خالف أشهب ابن القاسم فى تزويج العبد، وأما تزويج الأمة، فهو رضًا عندهما.

فرع: ولو رهن العبد، أو أجره، أو زوجه، أو أسلمه إلى خباز، أو طباخ، أو كتاب، أو ساوم به، لكان اختيارًا، وكذلك لو قطع يده، أو فقأ عينه، أو ضربه، فعل ذلك عمدًا فإن فعله خطأ رد معه ما نقصه، قال ذلك ابن القاسم فى المدونة. وقال فى غيرها: ويحلف إن اتهم.

وقال أشهب: لا تكون الإجارة، ولا الرهن، ولا السوم بها، ولا الجنايات، ولا إسلامه إلى الصناعات، ولا تزويجه العبد إجازة منه بعد أن يحلف فى الإجازة والرهن وتزويج العبد. وروى محمد عن أشهب، أنه يحلف فى هذه الوجوه كلها بالله، ما كان منه هذا رضًا بالعبد.

وجه قول ابن القاسم أن هذه كلها معان، لا يفعلها الإنسان من غير تعد إلا فيمن تملكه، فلا يحمل أمره على التعدى، بل على عمل ما له فعله وهو الإجازة.

ووجه قول أشهب أن ما يفعل الإنسان فيما لا يملكه على قسمين، فمنه على وجه التعدى، ومنه على وجه الاختبار، كالمساومة، وتسليمه فى الصناعات؛ ليختبر قبوله لها، ونفاذه فيها، فلا يجوز أن يقضى عليه بمجرد فعله على أنه أمضى البيع، وهو يحتمل أن يكون فعله لاختيار المبيع.

مسألة: ولو كانت دابة قطع ذنبها المبتاع، أو ودجها أو غربها، أو سافر بها، فذلك كله إجازة منه للبيع، قاله ابن القاسم، قال: ولو ركبها إلى موضع قريب، فهو على خياره؛ لأنه يقول: ركبتها لأختبرها، ولذلك شرط الخيار.

مسألة: ولو باع السلعة فى مدة الخيار، فقد روى علىّ بن زياد عن مالك: لا ينبغى

أن يبيع حتى يختار، فإن باع فليس بيعه اختيارًا، ولرب السلعة أن يجيز، فيأخذ الثمن أو يرد البيع.

وفى الواضحة، أنه إن قال: بعته بعد الرضا، صدق مع يمينه، وإن قال: بعته قبل أن أرضى، فالربح للبائع منه، ومثله لابن القاسم فى أنه لا يكون البيع رضا.

وجه ذلك أنه قد تعلق حق البائع منه بالربح الذى باع به، فيقول: إنه لى؛ لأنك بعت قبل الرضا، فالربح لى.

وهذه المسألة مخالفة للمسائل المتقدمة، لأن هذه المسألة البائع ينكر الرضا، ويريد الرد، وفى سائر المسائل البائع يدعى رضاه بالبيع، ويمنع الرد؛ لأنه لا غرض فى شىء منها للبائع، والله أعلم.

ولو كان يدعى عليه الرضا بالبيع للزمه ذلك؛ لأنه قد قال: إن الرضا يثبت عليه بالمساومة، والبيع فى ذلك أبلغ.

مسألة: ومن حجم العبد، أو حلقه على المشط، ففى الواضحة أنه رضى به، قال: وكذلك لو جعل من يخضب يد الجارية، أو يضفر رأسها بالغاسول، إلا أن تفعل ذلك الجارية بغير أمره، فلا يكون رضى.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن البيع فى مدة الخيار على ملك البائع كان الخيار للبائع أو للمبتاع أو لهما. وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للمشترى وحده، فقد خرج المبيع من ملك البائع، ولم يدخل فى ملك المشترى. وقال الشافعى: ينتقل بنفس العقد. وله قول آخر، أنه مراعاة.

والدليل على ما نقوله أنه إيجاب لا يلزم البائع، فلم ينتقل به الملك: أصل ذلك إذا كان الإيجاب لم يوجد فى القبول بعده.

مسألة: وإذا هلك المبيع فى مدة الخيار بيد البائع، فهو منه، وإن هلك بيد المبتاع، ففى كتاب ابن حبيب إن كان مما لا يغاب عليه، فهو من ضمان البائع مع يمين المبتاع لقد ذهب من غيره، فعليه، وإن كان مما يغاب عليه؟ فهو من ضمان المبتاع إذا لم تقم بينة بضياعه.

ووجه ذلك أنه قبضه لمنفعة نفسه مع بقائه على ملك بائعه، فأشبه الرهن.

فرع: وبماذا يضمن؟ فى الواضحة، يضمن الثمن دون القيمة. ووجه ذلك أنه يتهم

أن يغيب عليه، ويدعى ضياعه ليأخذ بالقيمة، وقد كان بائعه لا يبيحه، ولا يسلمه إليه بقيمة، إلا بما شرط من ثمنه، ومتى قبضه على ثمن يصح، ضمنه به كما أنه قبضه على غير ثمن لم يضمنه إلا بالقيمة.

مسألة: خيار الشرط موروث، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: ليس بموروث.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿**ولكم نصف ما ترك أزواجكم**﴾ [النساء: ١٢]، وهذا الحق مما ترك، فوجب أن يكون للوارث.

ومن جهة القياس أن هذا خيار ثبت لإصلاح المال، فوجب أن ينتقل بالموت إلى الوارث كخيار الرد بالعيب.

فرع: وإن أغمى عليه، لم يكن للسلطان إبطال خياره فى أيام الخيار، فإن تطاول ذلك، نظر السلطان، فإن كان منه ضرر، فسخ البيع، وليس له الإجازة للمغمى عليه، هكذا وقعت هذه المسألة فى المدونة والموازية.

وروى ابن المواز عن أشهب: أن للسلطان أن يجيز أو يرد فى مدة الخيار، فإن لم يفعل حتى مضت أيام الخيار، لم يكن له نظر، ورد البيع، فيقع الخلاف بينهما فى مدة الخيار.

فوجه قول ابن القاسم أن المغمى عليه ليس للسلطان الحجر عليه، ولا النظر فى ماله بالبيع والشراء أو الرد والإمضاء لقرب ما يرجى من إفاقته، وإنما الحجر على من يطول أمره، ويبعد وقت إفاقته، المدة الطويلة التى يخاف فيها ضياع ماله.

وجه قول أشهب أنه لما تعذر على المغمى عليه النظر، كان السلطان هو القائم عنه، والآخذ له بماله أن يأخذ به لنفسه، والله أعلم.

مسألة: إذا أراد من شرط الخيار لنفسه من المتبايعين أن يجيز أو يفسخ، جاز له ذلك، وإن لم يحضر الآخر خلافًا لأبى حنيفة فى قوله: ليس له ذلك إلا بمحضر الآخر.

والدليل على ما نقوله أن من لم يفتقر حال العقد إلى رضاه، فإنه لا يفتقر إلى حضوره كالأجنبى.

مسألة: ولو انقضت مدة الخيار، ولم يختر من له الخيار، فقد قال مالك وابن القاسم: له أن يرد السلعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار، من الغد وقرب ذلك، فإن تباعد، فليس له ردها.

قال مالك: أرأيت إن من مرض أو حبس، أيلزمه البيع؟ قال أشهب وابن الماجشون: إذا مضت الأيام بلياليها، فلا رد له، فإن رد قبل غروب الشمس من آخرها، فذلك له.

وجه القول الأول أن فى تحديد وقت الخيار نوعًا من الغرر، فقد يعوق العائق فى ذلك الوقت عن الالتزام، أو الرد مع حاجته إلى ذلك، وما أثر الغرر فى البيع كان ممنوعًا، ولذلك منع فى السلم أن يريه حنطة، ويسلم إليه فى مثلها، ومن جوزه لم يلزم السلم إليه ما يكون حكمه حكمها لتعذر وجود مثلها.

ووجه القول الثانى أن اشتراط المدد يقتضى توقيتها، والمنع من الزيادة عليها كأجل الدين وعهدة الثلاث.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فإنه يعتبر فى ذلك ممن كانت السلعة فى يده بأن كان الخيار للبائع، والسلعة بيده حتى انقضت مدة الخيار، وما يقرب منها، فالسلعة له، وليس له إمضاء البيع، ولو كانت بيد المشترى لنفذ البيع، ولم يكن للبائع الرد، وكذلك لو كان الخيار للمشترى أو لهما على حسب هذا يكون الأمر فيه، وهو معنى قول ابن القاسم فى المدونة.

قَالَ مَالِك فِيمَنْ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ سِلْعَةً، فَقَالَ الْبَائِعُ: عِنْدَ مُوَاجَبَةِ الْبَيْعِ أَبِيعُكَ عَلَى أَنْ أَسْتَشِيرَ فُلانًا، فَإِنْ رَضِيَ، فَقَدْ جَازَ الْبَيْعُ، وَإِنْ كَرِهَ، فَلا بَيْعَ بَيْنَنَا، فَيَتَبَايَعَان عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ يَنْدَمُ الْمُشْتَرِى قَبْلَ أَنْ يَسْتَشِيرَ الْبَائِعُ فُلانًا: إنَّ ذَلِكَ الْبَيْعَ لازِمٌ لَهُمَا عَلَى مَا وَصَفَا، وَلا خِيَارَ لِلْمُبْتَاعِ، وَهُوَ لازِمٌ لَهُ إِنْ أَحَبَّ الَّذِى اشْتَرَطَ لَهُ الْبَائِعُ أَنْ يُجِيزَهُ.

الشرح: وهذا على ما قال أن البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره، وكذلك المبتاع خلافًا لأحمد بن حنبل، وأحد وجهى أصحاب الشافعى.

والدليل على ذلك أن الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره، وقد يكون هو ممن لا يبصر، فيشترط خيار غيره، أو يكون هو يبصر، ويشترط استعانته به.

فرع: وهذا إذا كان المشترط مشورته وخياره، حاضرًا أو قريب الغيبة، وإن كان بعيد الغيبة، فسد البيع؛ لأنه معين يشترى على أن يستحق قبضه إلى أجل بعيد، وذلك غير جائز.

مسألة: فإذا باع البائع واشترط مشورة فلان، فإن ذلك يلزم المبتاع وللبائع أن يمضى البيع أو يرده قبل نظر فلان المذكور، روى ابن المواز عن مالك أنه قال: كمن خلع وكالة وكيل، وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلانًا، فقد قال مالك: للمبتاع أن يرد البيع، ولا يستأمر هذا.

وقوله: كمن خلع وكالة وكيل، فيه نظر؛ لأن الاستئمار ليس بمعنى التوكيل، والتسليط على العمل، وإنما معنى المشاورة، والاستئمار استعلام رأى المشير، وما عنده فى ذلك ثم العمل فى ذلك للمستشير بموافقته له أو مخالفته، إلا أنه يحتمل أن يريد بذلك أن الوكيل الذى فوض إليه العمل خلعه، فكيف بمن لم يفوض له شىء.

مسألة: وأما إن شرط البائع خيار أجنبى، فقد سوى ابن حبيب فى واضحته بين المشورة والخيار، وقال: إن لمن شرط ذلك من المتبايعين الأخذ أو الرد دون الأجنبى، رواه ابن المواز.

وروى ابن مزين عن ابن نافع أنهما سواء، ولا رد للمبتاع، إلا برأى من اشترط خياره أو مشورته، كذا نقله الشيخ أبو محمد فى نوادره.

والذى فى كتاب ابن مزين عن يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الذى يبيع السلعة، ويستثنى أن يستشير فلانًا، فإن أمضى البيع بينهما تم بيعهما، فقال: البيع لازم للبائع، وللمبتاع إن أجازه الذى استثنى البائع نظره، ولا ينفع أحدهما ندمه، وهذا ليست فيه استشارة فقط، بل قد جعل إليه الإمضاء، فهو أبلغ من أن يجعلا إليه الخيار والرضا، وقد سوى فى ذلك بين المتبايعين.

وروى أصبغ عن ابن القاسم أنهما إن جعلا إلى أجنبى الرد والإمضاء أنهما قد تخاطرا فى ذلك، ولا يعجبه.

وفى المدونة عن مالك فى البائع يبيع على رضا أجنبى أو خياره، فإن رضى البائع أو فلان، جاز البيع، وهذا اللفظ يقتضى أن من أجاز منهما البيع، جاز وعليه تأويله ابن لبابة، وخالفه غيره فى هذا التأويل.

وفى المدونة عن مالك أنه فرق بين المشورة والرضا والاختيار فى حق المبتاع، فقال: إن شرط المبتاع مشورة أجنبى، جاز له أن يجيز دون المشاورة، وإن شرط رضاه، أو على خياره، فليس للمبتاع أن يرده، ولا يجيزه حتى يرضى فلان.

وذكر القاضى أبو محمد أن البائع إذا شرط خيار أجنبى أو رضاه كان له الاختيار دون الأجنبى بخلاف المشترى يشترط ذلك، فلا خيار للمشترى دون الأجنبى.

والفرق بينهما أن حال البائع أقوى؛ لأن المبيع باق على ملكه، وله عزل من جعل الخيار إليه، والمشترى لم يملك المبيع بعد، ولم يوجب له فيه على اختياره إنما شرط اختيار غيره، فليس له عزل الغير عما لا يملك.

فرع: ومن اشترى لغيره، وشرط خيار حاضر أو غائب الغيبة. قال ابن حبيب: له أن يجيز البيع دونه بخلاف الذى يشترى لنفسه وتوجيهه يقرب مما قدمناه، ويتخرج على قول مالك وابن نافع أن خيار الأجنبى فى ذلك غير لازم على ما تقدم.

قَالَ مَالِكٌ الأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِى السِّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ فَيَخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَنِ، فَيَقُولُ الْبَائِعُ: بِعْتُكَهَا بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وَيَقُولُ الْمُبْتَاعُ: ابْتَعْتُهَا مِنْكَ بِخَمْسَةِ دَنَانِيرَ، إِنَّهُ يُقَالُ لِلْبَائِعِ: إِنْ شِئْتَ فَأَعْطِهَا لِلْمُشْتَرِى بِمَا قَالَ، وَإِنْ شِئْتَ فَاحْلِفْ بِاللَّهِ مَا بِعْتَ سِلْعَتَكَ إِلا بِمَا قُلْتَ، فَإِنْ حَلَفَ قِيلَ لِلْمُشْتَرِى إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ السِّلْعَةَ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتَهَا إِلا بِمَا قُلْتَ، فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ مِنْهَا، وَذَلِكَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ عَلَى صَاحِبِهِ[1].

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المتبايعين إذا اختلفا فى الثمن كان كل واحد منهما مدعيًا ومدعى عليه، وذلك ما لم يفت المبيع، ويتقرر عليه اليمين، وذلك على

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٤١، وقال: روى ابن القاسم عن مالك أن السلعة إن كانت قائمة بيد البائع أو بيد المشترى، فسواء، ويتحالفان ويترادان. وقال ابن القاسم: إن قبضها المبتاع وفاتت عنده بتمام، أو نقصان، أو تغير سوق، أو بيع، أو كتابة، أو هبة، أو هلال، أو تقطيع فى الثياب، أو كانت دارا فبناها، أو طال الزمان فتغيرت المساكن، ثم اختلفا فى الثمن، فالقول قول المشترى مع يمينه. وروى ابن وهب عن مالك أنهما يتحالفان إذا كانت السلعة قائمة عند البائع، وأما إذا بان بها المشترى إلى نفسه، فالقول قول مع يمينه، ولا يتحالفان. وقال سحنون: رواية ابن وهب عن مالك هو قول مالك الأول، وعليه أكثر الرواة، ثم رجع مالك إلى ما رواه ابن المسيب. قال: وقال ابن القاسم: إذا تحالف رد البيع، إلا أن يرضى المبتاع أن يأخذهما بما قال البائع قبل الفسخ. وقال سحنون: بل بتمام التحالف ينفسخ البيع. قال: وهو قول شريح: إذا تحالفا ترادا، وإن نكلا ترادا، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، ترك البيع، يريد على قول الحالف. وروى ابن المواز، عن ابن القاسم مثل قول شريح. وقال عبد الملك بن حبيب: إن حلفا فسخ، وإن نكلا كان القول قول البائع، وذكره عن مالك.

ثلاثة أحوال، أحدها: أن يختلفا قبل القبض. والثانى: أن يختلفا بعد القبض، وقبل فوات السلعة. والثالث: أن يختلفا بعد فوات السلعة.

فأما إن اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة، فهى المسألة التى تكلم عليها مالك فى أصل الكتاب، وقال: إنهما إذا اختلفا، وقال البائع: بعتكها بعشرة دنانير، وقال المبتاع: ابتعتها منك بخمسة دنانير، فقال: إنه يبدأ بالبائع، فيقال له: إن شئت أن تسلمها للمبتاع بما قال، وإلا فاحلف أنك بعتها منه بعشرة دنانير، فإن حلف، قيل للمبتاع: خذها بما حلف عليه البائع، وإلا فاحلف بأنك اشتريتها منه بخمسة، فإن حلف، لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى.

ووجه ذلك أن كل واحد منهما مدع عليه، فلم يكن دعوى أحدهما بأظهر من دعوى الآخر، لكن قدم البائع بالتخيير بين التسليم أو اليمين؛ لأن ملكه أقدم من ملك المبتاع، والإيجاب الذى من جهته قبل القبول الذى من جهة المبتاع.

فإن حلف لم تكن يمينه يمينًا يستحق بها ما حلف عليه، وإنما كانت يمينه يمينًا تمنع المبتاع من استحقاق السلعة لما يحلف عليه إن حلف، ويقوى دعوه أنه إنما باع بالثمن الذى ذكره، فإذا اقترن به نكول المبتاع استحق بها الثمن الذى حلف عليه، فإذا حلف المبتاع لم يستحق أيضًا أخذ السلعة بما حلف عليه، لأن يمينه إنما هى لمقاومة يمين البائع ولتقوى دعواه بمثل ما قوى به البائع دعواه بيمينه.

فإذا تكافأت اليمينان، لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر، فينتقض البيع بينهما؛ لأن البائع اقتضت يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بخمسة مثاقيل، والمبتاع اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه فى ثمنها عشرة مثاقيل، فلم يبق إلا فسخ ما بينهما.

فرع: وإذا قلنا يفسخ ذلك بينهما، فقد قال سحنون: إن بنفس التحالف ينتقض التبايع. وفى النوادر، قال محمد بن عبدالحكم: إذا تحالفا، ثم أراد البائع أن يلزم المشترى بما حلف عليه المشترى، فذلك له، وإن شاء فسخ البيع. وقال ابن القاسم فى المدونة: إلا أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع، فذلك له.

وجه ما قاله سحنون أن الحلف إذا لزم من الجهتين، وتعقبه فسخ، كان ذلك لازمًا لا خيار فيه لأحد كاللعان.

ووجه ما قاله محمد بن عبدالحكم من أن الخيار للبائع بعد أيمانهما أن الخيار قد ثبت للبائع بنفس اختلافهما، ولذلك خير قبل أن يحلف، وليس فى أيمانهما ما يقطع خياره؛

لأن يمينه إنما كانت لتقوى دعواه، ويمين المبتاع لتقاوم يمين البائع، وتمنعه من أخذ السلعة لما حلف عليه، فبقى الخيار للبائع.

ونحرر من هذا قياسًا، فنقول إن هذا خيار للبائع ثبت باختلافهما، فكان باقيًا له ما لم يفسخ بيعهما. أصل ذلك قبل تحالفهما.

ووجه قول ابن القاسم أن بيمين البائع قد انتقل الخيار إلى المبتاع، ولو أراد أن يمضى السلعة للبائع لما حلف عليه لكان له ذلك، وهو معنى نكوله، بل لا يعذر أن ينفصل عن هذا إلا باليمين، فإذا حلف كان له الخيار، وذلك أن له أن يمضى البيع بما حلف عليه البائع كما كان له ذلك قبل يمينه، وكان له رده لمقاومة يمينه يمين البائع، وكان الخيار له دون البائع. والله أعلم.

مسألة: ولو نكل البائع أولاً، نقلت اليمين إلى المبتاع، فإن حلف كانت السلعة بالخمسة التى حلف عليها، وذلك أنه قد قوى جنبته بيمينه، ونكول البائع.

ولو نكل المبتاع أيضًا، قال القاضى أبو محمد: اختلف فيه، فقيل يترادان، وقيل القول قول البائع. وهذه الرواية الثانية هى رواية ابن حبيب، وردت بجملة دون ذكر يمين، وقد حملها قوم على أنها تلزم المبتاع لما قال البائع دون أن يحلف البائع.

قال القاضى أبو الوليد: والذى عندى أنه لا يكون للبائع إلا مع يمينه؛ لأن يمينه الأولى لم تكن لاستحقاق ما يحلف عليه؛ لأن للمبتاع أن يسقط ذلك عن نفسه بيمينه، فلما نكل عنها، ثم نكل المبتاع بعده ثبت فى حقه يمين أخرى، هى اليمين التى يستحق بها ما حلف عليه، ولا يكون للمبتاع إسقاط ذلك عنه بيمينه؛ لأنه قد ترك ما هو أقوى من هذه اليمين، وهو أن يحلف ويأخذ السلعة بالخمسة التى حلف عليها، ولا يكون بمنزلة من ادعى على رجل عشرة دنانير، وأقام بذلك شاهدًا، فقضى له بيمينه مع شاهده، فنكل، فردت اليمين على المدعى عليه، فنكل، فإنه يزن العشرة دنانير لنكوله دون يمين المدعى؛ لأن اليمين نكل عنها المدعى التى ردت على المدعى عليه؛ لأن المدعى لو حلف أولاً لاستحق حقه، ولو حلف المدعى عليه عند نكول المدعى لاستحق البراءة مما ادعى عليه، وليس كذلك فى مسألتنا، فإن البائع لو حلف، لم يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه.

ولو أحلف المبتاع لاستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه، فإحدى اليمينين غير الأخرى، وإذا نكل المبتاع وجب أن ترد يمين الاستحقاق على البائع؛ لأنها لم تثبت

قط فى جنبته يمين يستحق حقه بها، وإنما تثبت فى حقه أولاً يمين إذا أتمها قيل للمبتاع إما أن تحلف، وتسقط عن نفسك ما حلف عليه، أو تنكل، فيقضى له بما حلف عليه، والله أعلم.

مسألة: وأما إذا اختلفا بعد قبض السلعة، وقبل فوتها، فالذى رواه أشهب وابن القاسم عن مالك: أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وروى ابن وهب عن مالك أن القول قول المبتاع. وفى كتاب ابن المواز: لم يختلف قول مالك قبل التفرق، وأنهما يتحالفان ويتفاسخان.

واختلف قوله: إذا تفرقا، وقد قبض المبتاع السلعة، فروى عنه ابن حبيب ما تقدم.

وجه رواية ابن القاسم أن السلعة باقية على صفتها، فكان حكمها أن يتحالفا ويتفاسخا، ولا تأثير لقبضها بانفراده كما لا تأثير له فى البيع الفاسد.

ووجه رواية ابن وهب أن جنبة المبتاع قد قويت بالقبض، ولليد تأثير فى ثبوت الأيمان فى جنبة ذى اليد كما لو تداعى رجلان حقًا هو فى يد أحدهما؛ لكان القول قوله مع يمينه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فسواء نقد الثمن أو لم ينقده، يتحالفان ويترادان ما لم تفت، رواه ابن المواز عن ابن القاسم.

مسألة: وأما إذا فاتت السلعة بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق، فروى ابن القاسم عن مالك: أن القول قول المبتاع، وبه قال أبو حنيفة. وروى أشهب عن مالك: أنهما يتحالفان أبدًا، وإن تلفت السلعة، وبه قال الشافعى.

ووجه رواية ابن القاسم أن التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ فى عين السلعة، ورد عينها إلى البائع، وذلك متعذر بعد تلفها، وإنما يرد بدلها، وهو القيمة، فيقرر بها من ذلك أن المبتاع غارم لما تعلق بذمته، ومن كان هذا حكمه، فالقول قوله.

ووجه رواية أشهب أن هذه إحدى حالتى السلعة، فوجب إذا اختلف متبايعاها فى ثمنها أن يتحالفا ويتفاسخا كحالة الوجود.

فيتقرر من هذا أن فى المسألة ثلاث روايات، إحداها: أنهما يتحالفان ما لم يقبض السلعة، ويفترقان، فإذا فارقه المبتاع، وقد قبضها، فالقول قول المبتاع، وهى رواية ابن وهب، وبها يأخذ سحنون.

والرواية الثانية أنهما يتحالفان ويترادان أبدًا، وهى رواية أشهب. وقد روى ابن القاسم عن مالك الروايات كلها، وهى ظاهره فى النوادر.

مسألة: وهذا إذا اختلفا فى مقدار الثمن واتفقا على جنسه. وأما إن اختلفا فى جنسه، فقال أحدهما: بدينار، وقال الآخر: بطعام. قال ابن القاسم: الاختلاف المذكور إذا اتفقا فى الجنس. فأما إذا اختلفا، فإنهما يتحالفان أبدًا، وترد القيمة.

ووجه ذلك أنهما لم يتفقا على جنس لكون البائع يدعى زيادة، ينكرها المبتاع، وقد صدقه فيما اتفقا عليه، فيكون القول قول المبتاع؛ لأنه مدع عليه الزيادة، وإذا اختلف الجنسان كان واحد منهما مدعيًّا ومدعى عليه؛ لأنهما لم يتفقا على شيء من الثمنين، والله أعلم.

مسألة: وهل يراعى فى ذلك أن يأتيا أو يأتى أحدهما بما لا يشبه، فى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أن معنى قول مالك: القول قول من ادعى منهما ما يشبه، يعنى بعد فوتها بيد المشترى فى سوق أو بدن.

وذكره ابن حبيب عن مطرف وأصبغ وابن الماجشون: أنهما يتحالفان إذا أتيا بما يشبه، وإن أتى أحدهما بما لا يشبه، فالقول قول من أتى بما يشبه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندى فى ذلك أن مذهب ابن القاسم لا يراعى مع بقاء السلعة فى وقت يحكم بالتحالف والتفاسخ أن يأتى أحدهما بما يشبه أو بما لا يشبه، وإنما يراعى ذلك عند فواتها، فيكون القول قول المبتاع إذ أتى بما يشبه، وأن مذهب مطرف وابن الماجشون وأشهب مراعاة قول من أتى بما لا يشبه، وإن كانت السلعة مما لا يحكم فيها بالتحالف والتفاسخ.

والقولان موجودان فى المدونة لمن تأملهما، فيمن اكترى راحلة بمصر ونقد مائة، فلما بلغا المدينة، قال: اكتريت إلى مكة بمائة. وقال المكرى: إلى المدينة بمائتين.

قال ابن القاسم: القول قول المكرى فى المائة التى قبض إذا أتى بما يشبه، وعليه اليمين، أنه لم يكر إلى مكة بالمائة، وعلى المتكارى اليمين فى المائة الأخرى، وإن لم ينتقده، فالقول قول المكرى فى المسافة، والقول قول المكترى فى الكراء، ويقسم ما بين مصر إلى مكة، فيكون للمكرى بمقدار ما بين مصر إلى المدينة.

وقال غيره مثل قوله، وذلك إذا أتيا جميعًا بما يشبه، فإن أتى المكرى بما يشبه دون

المكترى، فالقول قوله مع يمينه، وحيث ما يجد لابن القاسم هذه المسألة فى المدونة وغيرها لا يجده يراعى ما يشبه إلا بعد الفوات، وقد خالفه الغير، وهو عندى أشبه على ما ورد فى هذه المسألة، والله أعلم.

مسألة: ولو قبض البائع الثمن والسلعة بيد المبتاع لم تفت بحوالة سوق ولا غيره، وقد تقدم من رواية ابن المواز عن ابن القاسم أنهما يتحالفان ويتفاسخان، نقد الثمن أو لم ينقده، ما لم تفت السلعة، وهاهنا أظهر؛ لأن لقبض الثمن تأثير فى محل اليمين، فيجب فى هذه المسألة، وفى التى قبلها على ذلك قول آخر بمراعاة القبض، والله أعلم.

فرع: ولو حالت أسواق السلعة بيد البائع، وقد قبض الثمن، فالقول قوله مع يمينه، ولو قبض بعض الثمن لم يكن عليه من السلعة إلا بقدر ما قبض من الثمن بعد أن يحلف، ثم يحلف المبتاع، وإلا لزمته بقية السلعة، وغرم الثمن على ما حلف عليه البائع، وذلك إذا لم يكن فى التشارك فى تلك السلعة ضرر، فإن كان فيها ضرر كالعبد الواحد والدابة تحالفا وتفاسخا، وإن طال ذلك، رواه ابن المواز عن ابن القاسم.

مسألة: ولو تبايعا طعامًا، فقبل أن يتقابضا، اختلفا، فقال البائع: بعتك خمسة أرادب بدينار، وقال المبتاع: ابتعت منك ستة أرادب بدينار، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يتحالفان ويترادان، فيفسخ البيع كله.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إذا اختلفا، فقال البائع: بعتك ثلاثة أرادب بدينار، وقال المبتاع: ابتعت منك أربعة أرادب بدينار، حلف المبتاع أنه ابتاع منه أربعة أرادب بدينار، وحلف البائع أنه ما باعه إلا ثلاثة أردب بدينار، فإن حلف صدق البائع فيما عليه، فيؤدى ثلاثة أرادب، ويصدق المبتاع فيما عليه، فيؤدى ثلاثة أرباع دينار.

فقول ابن القاسم مبنى على ما اختاره من أن التحالف يثبت بينهما ما لم تفت السلعة بيد المبتاع، ولم يقبض البائع الثمن.

ووجه رواية ابن حبيب ابن البيع ثبت فى مكيل أو موزون، فلم يثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ، ولو ثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ؛ لثبت ذلك فى السلم قبل القبض وعند حلول الأجل، ولكن لحلول الأجل وقبض الثمن تأثير، فجعل القول قول الغارم مع يمينه.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم: يتحالفان ويترادان، فمن الذى يبدأ بيمينه، روى

يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: يحلف المبتاع أنه اشترى منه ستة أرادب بدينار، ثم يحلف البائع أنه ما باعه إلا خمسة، ثم المبتاع مخير بين أخذ خمسة أو الفسخ.

ولو قبض البائع دينارًا، ودفع خمسة أرادب، ثم اختلفا قبل التفرق، وقال البائع: بعتك بالدينار الذى قبضته الخمسة الأرادب التى دفعت إليك. وقال المبتاع: بل ابتعت منك به ستة أرادب، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية: البائع مصدق مع يمينه بقبضه الدينار، وأنكر هذا يحيى بن عمر، وكأنه يرى أنهما يتحالفان ما لم يفترقا ولم يفت.

وجه قول ابن القاسم أن الدينار لما كان لا يتعين على البائع رده، ثبت أنه قد تعلق بذمته، فصار ما دفعه إليه البائع، قد تعلق بذمته، فكان ذلك فوتًا فى بيعهما، وأيضًا فإنه لما كان القبض يجعل القول قول البائع، كان الاعتبار بقبض الدينار دون تفرق المتبايعين.

ووجه قول يحيى بن عمر أن اختلاف المتبايعين على أصل ابن القاسم يوجب التحالف والفسخ، ما لم يفترقا بعد القبض، ولا غاب أحدهما على ما قبضه من الآخر، فيجب أن يكون ذلك حكمهما.

مسألة: ولو قبض المبتاع خمسة أرادب، ولم يدفع الدينار، فقد روى يحيى بن يحيى: يلزمه خمسة أسداس دينار بعد أيمانهما، وينفسخ البيع فى سدس دينار. وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن القول قول المبتاع.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان المكيل والموزون مما يغاب عليه، ولا يعرف بعينه كان قبضه فوتًا، فيصدق كل واحد منهما فيما عليه، فيحلف البائع أنه لم يبق عليه شىء من الطعام، وأن ذلك جميع ما باعه منه، ثم يحلف المبتاع أنه ما ابتاع منه إلا ستة أرادب بدينار، فيجب للخمسة أرادب من ذلك خمسة أسداس دينار، ويسقط عنه الباقى؛ لأنه باق فى ذمته.

مسألة: ولو قبض البائع الدينار، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك إذا قبض البائع الدينار، فهو مصدق بيمينه، قبض المبتاع الطعام أو لم يقبضه.

ووجه ذلك أن البائع الذى قبض الدينار، وكان ذلك بمعنى فواته لتعلقه بذمته، فالقول قوله، فإن كان قد قبض المبتاع الطعام، فإنما يدعى عليه زيادة على ذلك، فالقول قول المبتاع، وإن كان لم يقبضه، فإنما يدعى المبتاع زيادة على ما أقر به، وقد تقدم من قول يحيى بن عمر إنكار هذا، واختياره أن يتحالفا.

فرق: فإذا قلنا إن القول قول البائع إذا قبض الثمن، فالفرق بينه وبين السلم، أنه قد قال: إذا أسلم إليه فى طعام إلى أجل، فقال المبتاع: سلمت إليك مائة دينار فى مائة أردب، وقال البائع: بل سلمت إلىّ مائة دينار فى خمسين أردب حنطة، فقد روى ابن القاسم: إن كان ذلك بقرب تبايعهما، تحالفا وترادا، وإن طال ذلك، فالقول قول من عليه السلم مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه حملا على سلم الناس.

فالفرق بين مسألة النقد، ومسألة السلم أن فى مسألة السلم يستحق القبض كما يستحق ذلك فى السلم عند حلول الأجل، فاستويا. وأما قبل حلول الأجل، وقبل تغير الأسواق، فلا يستحق على البائع تسليم الطعام، فلذلك لم يكن القول قوله، ويثبت بينهما حكم التحالف والتفاسخ.

فرق: وفرق بين المكيل والموزون، وبين المعين من غيرهما، أن المكيل والموزون لا يعرف بعينه، وإذا غيب عليه تعلق بالذمة، والثياب والحيوان تعرف بأعيانها، فما لم يتعلق بالذمة لفوات يلحقها، لم يكن القول قول بائعها، يدل على ذلك أنه أسلم فيها لما كانت غير معينة، وكانت متعلقة بذمة من باعها، حكمنا فى ذلك كله حكم المكيل والموزون، والله أعلم وأحكم.

* * *

مَا جَاءَ فِى الرِّبَا فِى الدَّيْنِ

١٣٥٠ - مَالِك، عَنْ أَبِى الزِّنَادِ، عَنْ بُسْرِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عُبَيْدٍ أَبِى صَالِحٍ مَوْلَى السَّفَّاحِ أَنَّهُ قَالَ: بِعْتُ بَزًّا لِى مِنْ أَهْلِ دَارِ نَخْلَةَ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى الْكُوفَةِ، فَعَرَضُوا عَلَىَّ أَنْ أَضَعَ عَنْهُمْ بَعْضَ الثَّمَنِ وَيَنْقُدُونِى، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، فَقَالَ: لا آمُرُكَ أَنْ تَأْكُلَ هَذَا وَلا تُوكِلَهُ.

١٣٥١ - مَالِك، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ حَفْصِ بْنِ خَلْدَةَ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الدَّيْنُ عَلَى الرَّجُلِ

١٣٥٠ - أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (١٤٣٥٥). البيهقى فى السنن الكبرى (٦/٢٨). وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٣٨.

١٣٥١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٣٩.

إِلَى أَجَلٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ صَاحِبُ الْحَقِّ وَيُعَجِّلُهُ الآخَرُ، فَكَرِهَ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَنَهَى عَنْهُ.

الشرح: قوله: **«إن أهل دار نخلة عرضوا عليه قبل أن يحل أجل دينه أن يضع عنهم وينقدوه»** يريد والله أعلم، أن ينقدوه جنس ما له عليهم، وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة، فيدفعون إليه قبل الأجل خمسين دينارًا، ويحط عنهم خمسين، فسأل عن ذلك زيد بن ثابت، فقال: **«لا آمرك أن تأكله ولا تؤكله»** يريد تطعمه غيرك.

ومعنى ذلك تحريمه؛ لأنه لا يمنعه من أن يأكله ويؤكله مع كونه مباحًا، وبه قال ابن عمر، وعليه جمهور الفقهاء، وأجازه النخعى وزفر. واختلفت الرواية عن ابن المسيب فى ذلك وأصحها المنع.

ودليلنا على تحريمه أنهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة، وذلك غير جائز لوجهين التفاضل والنساء فى الجنس الواحد من العين، ويدخله سلف لعوض؛ لأنهم أسلفوه خمسين يقبضها من نفسه عند الأجل على أن يسقط عنهم خمسين.

مسألة: وأما إذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ما قيمته أقل مما له عليه، فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدنانير أو مما يجوز ذلك، فإن كان مما لا يجوز ذلك كالدراهم، فلا يجوز أن يأخذ منهم قبل الأجل بدنانير دراهم مثل قيمتها، ولا أقل ولا أكثر؛ لأن هذا ورق بذهب إلى أجل. وقد روى عنه ﷺ: «الذهب بالورق ربا، إلا هاء وهاء»(*).

مسألة: وإن كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنانير قبل الأجل عروضًا معجلة، تكون قيمتها أقل من دنانيره، أو مثل ذلك أو أكثر، فلا بأس فى ذلك؛ لأن مآل أمره إلى شراء عرض بدنانير مؤجلة، ولا خلاف فى جوازه.

١٣٥٢ - مَالِك عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ الرِّبَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَنْ يَكُونَ

(*) أخرجه البخارى كتاب البيوع باب ٧٦ الشعير بالشعير جـ٣/١٥٣، عن مالك بن أوس. مسلم كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا برقم ٧٩ جـ٣/١٢٠٩، عن مالك ابن أوس. الترمذى فى البيوع ١٢٤٣. النسائى فى البيوع ٤٥٥٦. أبو داود فى البيوع ٣٣٤٨. ابن ماجه فى التجارات ٢٢٥٣، ٢٢٥٩. أحمد فى مسند العشرة المبشرين بالجنة ١٦٣، ٢٤٠، ٣١٦. الدارمى فى البيوع ٢٥٧٨.

١٣٥٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٠.

لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الْحَقُّ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا حَلَّ الأَجَلُ، قَالَ: أَتَقْضِي أَمْ تُرْبِي، فَإِنْ قَضَى أَخَذَ، وَإِلا زَادَهُ فِي حَقِّهِ وَأَخَّرَ عَنْهُ فِي الأَجَلِ.

قال مالك: وَالأَمْرُ الْمَكْرُوهُ الَّذِي لا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الدَّيْنُ إِلَى أَجَلٍ، فَيَضَعُ عَنْهُ الطَّالِبُ وَيُعَجِّلُهُ الْمَطْلُوبُ، وَذَلِكَ عِنْدَنَا بِمَنْزِلَةِ الَّذِي يُؤَخِّرُ دَيْنَهُ بَعْدَ مَحِلِّهِ عَنْ غَرِيمِهِ وَيَزِيدُهُ الْغَرِيمُ فِي حَقِّهِ، قَالَ: فَهَذَا الرِّبَا بِعَيْنِهِ لا شَكَّ فِيهِ(١).

الشرح: قول زيد بن أسلم: «**إن ربا الجاهلية كان أن يقول الذى له الدين عند أجله للذى عليه الدين أتقضى أم تربى**» يريد يزيد فى الدين، فإن اختار أن يزيده فى الدين ليزيده فى الأجل فعل، وهذا مما لا خلاف بين المسلمين فى تحريمه.

وقد قيل إن قول الله تعالى: ﴿**اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فائذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾ [البقرة: ٢٧٩]، نزلت فى هذا والله أعلم.

ومن جهة المعنى أنه سلف لنفع؛ لأنه يؤخره على أن يزيده فى دينه، وذلك مما اتفق على تحريمه كما لو أعطاه عشرة دنانير فى عشرين إلى أجل.

فصل: وقول مالك: «**إن الذى يضع من دينه، ويتعجله قبل أجله، بمنزلة الذى**

---

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٥٩: قد بين مالك، رحمه الله، أن من وضع من حق له لم يحل أجله يستعجله، فهو بمنزلة من أخذ حقه بعد حلول أجله لزيادة يزدادها من غريمه لتأخيره، ذلك لأن المعنى الجامع لهما هو أن يكون بإزاء الأمد الساقط والزائد بدلاً وعوضًا يزداده الذى يزيد فى الأجل، ويسقط عن الذى يعجل الدين قبل محله، فهذان وإن كان أحدهما عكس الآخر، فهما مجتمعان فى المعنى الذى وصفنا. وقد اختلف العلماء فى معنى قوله: ضع عنى، وأعجل لك، ولم يختلفوا فى معنى قولهم: إما أن تقضى، وإما أن تربى إنه الربا المجتمع عليه الذى نزل القرآن بتحريمه. ولم تعرف العرب الربا إلا فى السنة المذكورة، فنزل القرآن بذلك، ثم بين رسول الله ﷺ أن الذهب بالذهب، والورق بالورق، والوزن بالوزن، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح متفاضلاً ربا، وأن النسيئة فى الذهب بالورق، وفى البر بالبر، وفى الشعير بالشعير، وفى التمر بالتمر، وفى الملح بالملح ربا، وأن ذلك لا يجوز إلا هاء وهاء عند جماعة العلماء.

يؤخره بعد محل أجله ويزيده» يريد أن معناها العوض للزيادة، لأن الذى وضع قبل أجله سلف على أن وضع والذى أخر للزيادة أسلف على أن زاد، فهو تأخير لعوض، والله أعلم.

وقد يفترقان فيما قدمناه من أن الذى لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلاً ما قيمته أقل من قيمته دينه، والذى يؤخر بعد الأجل لا يجوز أن يؤخره على أن ينقله إلى غير جنسه، سواء كان فى مثل قيمته أو أقل أو أكثر؛ لأن الذى يتعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمتان، ويتنجز ما بينهما، والذى يؤخر بعد الأجل، وينقل دينه إلى غير جنسه تبقى ذمة الذى عليه الحق مشغولة، وينتقل ما يشتغل به إلى غير الجنس الأول، فيصير فسخ دين فى دين، وذلك غير جائز على ما تقدم.

قَالَ مَالِكٌ فِى الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ عَلَى الرَّجُلِ مِائَةُ دِينَارٍ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا حَلَّتْ قَالَ لَهُ الَّذِى عَلَيْهِ الدَّيْنُ: بِعْنِى سِلْعَةً يَكُونُ ثَمَنُهَا مِائَةَ دِينَارٍ نَقْدًا بِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ إِلَى أَجَلٍ: هَذَا بَيْعٌ لا يَصْلُحُ، وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ.

قال مالك: وَإِنَّمَا كُرِهَ ذَلِكَ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْطِيهِ ثَمَنَ مَا بَاعَهُ بِعَيْنِهِ وَيُؤَخِّرُ عَنْهُ الْمِائَةَ الأولَى إِلَى الأَجَلِ الَّذِى ذَكَرَ لَهُ آخِرَ مَرَّةٍ، وَيَزْدَادُ عَلَيْهِ خَمْسِينَ دِينَارًا فِى تَأْخِيرِهِ عَنْهُ، فَهَذَا مَكْرُوهٌ وَلا يَصْلُحُ وَهُوَ أَيْضًا يُشْبِهُ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ فِى بَيْعِ أَهْلِ الْجَاهِلِيَّةِ: إِنَّهُمْ كَانُوا إِذَا حَلَّتْ دُيُونُهُمْ قَالُوا لِلَّذِى عَلَيْهِ الدَّيْنُ: إِمَّا أَنْ تَقْضِىَ وَإِمَّا أَنْ تُرْبِىَ، فَإِنْ قَضَى أَخَذُوا، وَإِلا زَادُوهُمْ فِى حُقُوقِهِمْ، وَزَادُوهُمْ فِى الأَجَلِ.

الشرح: وهذا على ما قال؛ لأن من كان له على رجل مائة دينار إلى أجل، فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوى مائة دينار وخمسين، فقضاه دينه الأول، وإنما قضاه ثمن سلعته، وزاد خمسين دينارًا فى دينه لتأخيره عن أجله، فهذا يشبه ما تضمنه حديث زيد ابن أسلم من بيوع الجاهلية فى زيادتهم فى الديون عند انقضاء أجلها ليؤخروا بها، ويدخله أيضًا بيع وسلف؛ لأنه إنما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة، وخمسين مؤجلة ليؤخره بالمائة التى حلت له عليه ووجوه الفساد فى هذا كثيرة جدًا.

مسألة: فإن وقع هذا البيع، ففى المدنية عن مالك أنه قال: يفسخ البيع فى هذه السلعة التى باعه إياها بمائة وخمسين، فإن فاتت رددتها إلى قيمتها نقدًا، وفسخت البيع الأول. وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله.

ووجه ذلك أن هذا البيع قد دخله ما قدمناه من وجوه الفساد، فوجب فسخه ما لم يفت، فإن فات رد إلى القيمة، وكانا على أجلهما فى الدين الأول والله أعلم. ومعنى قوله: فسخت البيع الأول يريد الذى انعقد فى السلعة بمائة وخمسين، والله أعلم.

* * *

جَامِعِ الدَّيْنِ وَالْحِوَلِ

١٣٥٣ - مَالِك، عَنْ أَبِى الزِّنَادِ، عَنِ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ».

الشرح: قوله: **«مطل الغنى ظلم»** المطل هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه، فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلاً، وإنما يكون مطلا بعد حلول أجله، وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد فى ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء التشديد فيه.

فصل: وقوله: **«مطل[1] الغنى ظلم»** ووصفه بالظلم إذا كان غنيًا خاصة ، ولم يصفه بذلك مع العسر، وقد قال الله تعالى: **﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾** [البقرة: ٢٨٠]، وإذا كان غنيًا، فمطل بما قد استحق عليه تسليمه، فقد ظلم.

١٣٥٣ - أخرجه البخارى فى الحوالة ٢٢٨٧. ومسلم فى المساقاة ١٥٦٤. والترمذى فى البيوع ١٣٠٨. والنسائى فى البيوع ٤٦٨٦، ٤٦٨٩. وأبو داود فى البيوع ٣٣٤٥. وابن ماجه فى الأحكام ٢٤٠٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٩١، ٢٧٧٧٨، ٧٤٧١، ٢٧٣٩٢، ٨٦٧٩، ٩٦٣٥، ٩٦٧٦. والبيهقى ٧٠/٦، عن أبى هريرة. والدارمى ٢٦١/٢، عن أبى هريرة. وابن أبى شيبة ٧٩/٧، عن أبى هريرة. والبغوى فى شرح السنة ٢١٠، عن أبى هريرة. والطحاوى فى مشكل الآثار ٤١٤/١، عن أبى هريرة.

(١) مطل: المطل فى الأصل قولهم: مطلت الحديدة أمطلها إذا مددتها لتطول، وفى المحكم: المطل: التسويف بالعدة والدين مطله حقه وبه يمطله مطلا فامطل. قال القزاز: والفاعل ما طل ومماطل، والمفعول ممطول ومماطل، تقول: ماطلنى ومطلنى. وقال القرطبى: المطل عدم قضاء ما استحق أداؤه مع التمكن منه. وقال الأزهرى: المطل المدافعة وإضافة المطل إلى الغنى إضافة المصدر للفاعل هنا وإن كان المصدر قد يضاف إلى المفعول؛ لأن المعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل بالدين بعد استحقاقه بخلاف العاجز. ومنهم من قال: أنه مضاف للمفعول، والمعنى أنه يجب وفاء الدين ولو كان مستحقه غنيا ولا يكون غناه سببا لتأخيره حقه عنه فإذا كان كذلك فى حق الغنى فهو فى حق الفقير أولى وفيه تكلف وتعسف.

وقد قال أصبغ وسحنون: وترد بذلك شهادته؛ لأن النبي ﷺ سماه ظالمًا. وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال لىٌّ: الواجد يحل عرضه وعقوبته. فعرضه التظلم منه بقول: مطلنى وظلمنى، وقال بعض العلماء فى قول النبى ﷺ: «وعقوبته سجنه»(*)، حتى يؤدى.

فصل: وقوله: **«إذا أتبع أحدكم على ملىء، فليتبع»** معناه والله أعلم، الحوالة. وقد قال القاضى أبو محمد: إن الأصل بالحوالة، قوله ﷺ: «وإذا أتبع أحدكم على ملىء، فليتبع» والحوالة أن يكون للرجل على الرجل الدين، والذى عليه الدين على أجل آخر مثله، فيحيل به غريمه على الذى عليه مثله.

وقد قال الشيخ أبو محمد فى قوله: **«فليتبع»** أنه على الندب، ويحتمل ذلك قول القاضى أبى محمد؛ لأنه معروف، وقال: إن الحوالة استثنيت من الدين كما استثنيت العرية، وبيع الرطب بالتمر.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والصحيح فى الحوالة عندى أن الحوالة ليست من باب الدين بالدين إذا قلنا إنها لا تصح إلا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه، وذلك أن المحيل تبرأ ذمته بنفس إلا حالة، فهى من باب النقد.

ومعنى الحوالة عندى أن تكون على الإباحة، وأن الذى له الدين بالخيار بين أن يستحيل على غريم غريمه، وبين أن يطلب غريمه، ويقول له: اقضنى حقى، وشأنك بصاحبك. وقال أهل الظاهر: أنه يلزمه الاستحالة.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا نقل حق من ذمة إلى ذمة، فلم يجب ذلك بالشرع. أصل ذلك إذا لم يكن له عليه شىء.

مسألة: وإن شاء المحال أن يستحيل بحقه، لم يعتبر فى ذلك برضا المحال عليه، ذكر ذلك القاضى أبو محمد عن جمهور الفقهاء. وقال داود: لا تصح حوالته إلا برضا من عليه الدين.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع» ولا بد أن يكون معناه الأمر أو الإباحة، ولم يشترط فى ذلك رضا الذى عليه الحق، وإنما

(*) أخرجه ابن ماجه حديث رقم ٢٤٢٧، من طريق أبو بكر بن أبى شيبة وعلى بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، حدثنا وبر بن أبى دليلة الطائفى، حدثنى محمد بن ميمون بن مسيكة، قال وكيع: وأثنى عليه خيرا، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لى الواجد يحل عرضه وعقوبته»، قال على الطنافسى: يعنى عرضه شكايته، «وعقوبته سجنه».

شرط فى ذلك رضا المحيل، لأنه هو الذى يتبع من له عليه الدين على من له هو عليه مثله.

ومن جهة المعنى أنها استنابة من يقضى هذا الحق كالوكيل.

مسألة: ولو شرط المستحيل على المحيل أنه إن أفلس المحال عليه أو نقص رجع عليه، فهو حول ثابت، وله شرطه إن أفلس، رواه سحنون عن المغيرة، فى العتبية. ووجه ذلك أن الحوالة صحيحة، وقد شرط فيها سلامة ذمته، وله شرطه.

مسألة: ومن شرط هذه الحوالة أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما أحال به، قال القاضى أبو محمد: لأن حقيقة الحوالة بيع الدين الذى للمحال بالدين الذى للمحيل، ويحول الحق من ذمة إلى ذمة، وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل المعاوضة به، هذا مذهب مالك وجمهور أصحابه غير ابن الماجشون، فإن الحوالة تصح عنده، وإن لم يكن للمحيل على المحال عليه شىء، إذا كانت بلفظ الحوالة.

ووجه ذلك أن التزامه للحوالة يثبت حق المحال فى ذمته، وتبرأ ذمة المحيل، ويلزمه على قوله أن يعتبر فى هذه الحوالة رضا المحال عليه، والله أعلم.

قال القاضى أبو الوليد: والأظهر فى هذا أنه إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه مثل ما عليه للمحال، فهو من الدين بالدين أو من باب الضمان والكفالة، والدين بالدين محرم، وذلك أن المحال يبيع من المحال عليه دينه على المحيل بدين يثبته فى ذمته، وتبقى ذمة المحيل والمحال عليه مشغولتين، وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر، وذلك لا يجوز، فلذلك لم يصح أن يكون له حكم الحوالة، ولزم أن يحمل على حكم الضمان والكفالة الذى طريقه المعروف، ولا يشغل ذمة الضامن ما على المضمون إلا على وجه القرض والرفق لا على وجه المعاوضة.

وأما الحوالة، فليست من باب الدين بالدين، إذا قلنا إنها لا تصلح إلا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه، وذلك أن المحيل تبرأ ذمته بنفس الإحالة، والله أعلم.

وقد احتج ابن الماجشون فى ذلك بأن الحوالة تلزم، وإن لم تكن من أصل دين كما لو قال: بع منه ثوبك، وقد احتج ابن الماجشون فى ذلك بأن الحوالة تلزم، وإن لم تكن من أصل دين كما لو قال: بع منه ثوبك والثمن علىَّ، فهذا مثله كأنه قال: اعطه من مالك كذا، وهو لك علىَّ، وهذا أيضًا من باب الحوالة، وإنما هو من باب حمل الثمن عنه، والله أعلم.

مسألة: وإذا كان ذلك على ما ذكرناه برئت ذمة المحيل من دين المحال، ولم يكن له عليه رجوع، وإن مات المحال عليه مفلسًا، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرجع على المحال عليه مفلسًا أو جحد الحق.

والدليل على ما نقوله هذا الحديث، وهو قول النبي ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع» شرط الملاءة في الحوالة، وذلك يقتضي أنه لا رجوع على المحيل، ولو كان للمحال عليه رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى؛ لأنه لا يخاف تلف دينه بإفلاسه.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه حوالة برئت ذمة المحيل بها، فلم يكن للمحال رجوع على المحيل. أصل ذلك إذا لم يتغير حاله.

مسألة: ولو أحاله بثمن سلعة باعها على المشترى، وهو موسر، ثم استحقت السلعة، أو ردت بعيب، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: الحول ثابت عليه يؤديه، ويرجع به المحيل على البائع منه، قال: وبلغني عن مالك. وقال أشهب: الحول ساقط، ويرجع المحال على المحيل، ولو كان قد قبض ما احتال به لرجع عليه من دفعه إليه.

ووجه قول مالك وابن القاسم أن الحوالة عقد لازم، فلا ينقض في حق المحال باستحقاق سلعة، لم يعاوض بها هو فيما قبضه.

ووجه قول أشهب أن الحوالة عقد ثبت بين المحيل والمحال، ومن شرطها أن يكون للمحيل مثل ذلك على المحال عليه.

فإذا استحقت السلعة التي ثبت فيها الحق عليه وجب أن يبطل، ولم ينعقد بين المحال والمحال عليه عقد يلزم لأنه لا يعتبر رضى المحال عليه، وإنما يقبض المحال ما كان للمحيل، فباستحقاق السلعة المبيعة يستحق المحال عليه على المحيل رد ما دفعه إليه أو تبرأ ذمته منه إن كان لم يدفعه، وإذا لم يعتبر رضى المحال عليه، فإن دفعه إلى المحال دفعه إلى المحيل، ولو استحقت السلعة لم يستحق عليه المحيل بقبض ثمنها، فكذلك من يدفعه إليه بسببه.

قال ابن المواز: هذا أحب إليّ، وهو قول أصحاب مالك كلهم، وذلك بمنزلة ما لو بيع على مفلس أو ميت متاعه، وقبض غرماؤه من متولي البيع أو المشترى لحوالتهم عليه، ثم استحق ما بيع، رجع المشترى بالثمن على من قبضه.

فرع: ولو باع عبدًا بمائة، فتصدق بها على رجل وأحاله بها، وأشهد له بذلك، ثم

استحق العبد، أو رد بعيب، فقد روى أصبغ وابن زيد عن ابن القاسم فى العتبية، أنه إن قبض المتصدق عليه الثمن، وفات عنده، لم يرجع عليه بشىء، ويرجع المشترى على البائع كما لو قبضها المتصدق، ثم تصدق بها، ولم تفت بيد المعطى أخذها منه المشترى، ولا شىء للمعطى.

مسألة: ولو غير المحيل المحال من حال المحال عليه، وقد علم بإفلاسه كان للمحال الرجوع عليه خلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على ملىء، فليتبع»(٢) فشرط الملاءة، وهذا غير ملىء، ولأن إفلاس الغريم عيب فيما تعلق بذمته، فإذا دلس به المحيل كان له الرجوع عليه كسائر العيوب.

فرع: وهذا إن علم أنه قد غره فى الدين أو غير ذلك، فإن جهل أمر المحيل فى ذلك، فقد قيل لمالك: فعلى الغريم شىء، قال: ينظر القاضى فيه، فإن كان يتهم فى ذلك أحلفه.

ومعنى ذلك أنه إن كان ممن يظن به أنه يرضى بمثل هذا، أحلف أنه ما علم منه ما يغره به.

فرق: والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التى ترد بها السلع المعيبة، وإن لم يعلم بها البائع من ثلاثة أوجه، أحدها: أن العيب فى السلعة المبيعة إنما هو عيب فى نفس العوض، وفلس المحال عليه، وإنما هو عيب فى محل العوض لا فى نفس العوض.

والثانى: أن الحوالة إنما هى بمنزلة بيع البراءة، فلا يرجع من العيوب إلا بما علمه البائع، وعلى التوجيه تجب اليمين على المحيل أنه ما علم بفلسه ولا غرَّ به على الظاهر

(٢) وإذا اتبع: قال القرطبى: هو بضم الهمزة وسكون التاء المثناة من فوق وكسر الباء الموحدة مبينا لما لم يسم فاعله عند الجميع وقوله: «فليتبع» بالتخفيف من تبعث الرجل بحقى اتبعه تباعة بالفتح إذا طلبته وقيل: فليتبع، بالتشديد والأول أجود عند الأكثر، وقال الخطابى: إن أكثر المحدثين يقولونه: بالتشديد والصواب التخفيف ومعناه إذا أحيل فليحتل وقد رواه بهذا اللفظ أحمد عن وكيع، عن سفيان الثورى، عن أبى الزناد، وفى رواية ابن ماجه من حديث ابن عمر بلفظ فإذا أحلت على ملىء فاتبعه، وهذا بتشديد التاء بلا خلاف. وقال الرافعى: الأشهر فى الروايات وإذا اتبع يعنى بالواو ولأنهما جملتان لا تعلق لإحداهما الأخرى وغفل عما فى صحيح البخارى هنا فإنه بالفاء فى جميع الروايات وهو كالتوطئة والعلة لقبول الحوالة.

من مذهب مالك، وعلى رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى بيع البراءة لا يجب عليه يمين إلا أن يدعى ذلك المحال.

والوجه الثالث أن الذمم مما ظاهرها أنها لا تعلم، فصارت كالمبيع الذى لا يعلم باطنه لا يرد بالعيب إلا أن يعلم أن البائع دلس به، فعلى هذا لا يمين على المحيل إذا لم يثبت أنه علم بالفلس، فيرجع المحال عليه أو يتهم بذلك فيحلف، ولعله معنى قول مالك قبل هذا.

مسألة: وإذا كانت الحوالة على من لا دين عليه، وقلنا بقول مالك، فإن كانت بسبب عقد، فإنها تلزم عند مالك وأصحابه، وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه، وعلىَّ حقك، وقال الآخر لفلان: اعمل عمل كذا، وحقك علىَّ.

وفى الواضحة: من تحمل عن ناكح صداقه فى عقد نكاحه، فهو لازم فى حياته وبعد مماته، قاله ابن القاسم فى الواضحة، وقال فى المدونة: إن ذلك له عند مالك.

مسألة: وأما إذا لم ينعقد بسببه عقد، ولم يكن للمحيل على المحال عليه شىء، فهى على الإطلاق حمالة عند جميع أصحابنا، وسواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة، إلا ما قاله ابن الماجشون: أنها إذا كانت بلفظ الحوالة، فلها حكم الحوالة، وإن لم تكن بلفظ الحوالة، فهى حمالة.

فإن مات المحال عليه مفلسًا أو فلس فى حياته، ففى كتاب محمد عن ابن القاسم فيمن أحال رجلاً على رجل ليس له عليه دين وشرط إنى برئ بذلك، وشق صحيفته، قال: ذلك لازم له وله شرطه.

قال محمد: إلا إن أفلس المحال عليه قبل أن يقضى المحال، فإن المحال يرجع على المحيل؛ لأن المحال عليه لو قضاه لرجع بما قضاه على المحيل، ورواه أشهب عن مالك، والذى فى المدونة عن ابن القاسم: أنه لم يكن للمحيل على المحال عليه شىء، وشرط فى الحوالة أنه برىء من المال، وقال الذى له الحق: أحلنى عليه، وأنت برىء من المال، فإنه إن علم المحال أنه لا شىء له عليه، فرضى بالحوالة وأبرأ الحميل، لم يكن له أن يرجع عليه، وأخذ بإقراره، وإن لم يعلم، فله الرجوع بأثر ذلك.

وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل: أنا لك بمالك قبل فلان، فخرق ذكر الحق عليه، واطلبنى دونه، ولم تكن حوالة من دين كان للغريم على القابل، فأشهد الرجل بذلك عليه، وشق الصحيفة، وطلبه بذلك حوالة من دين كان للغريم على

القابل، فأشهد الرجل بذلك عليه، وشق الصحيفة، وطلبه بذلك الحق حتى أفلس أو مات مفلسًا، فإنه يرجع على غريمه؛ لأن المحتمل وعد الغريم أن يسلفه، ولا يثبت له ذلك على الغريم حتى يقضى عنه، فقد اتفق قول أصحابنا، وروايتهم عن مالك غير ابن الماجشون على أن له الرجوع فى الفلس، فراوية ابن المواز عن ابن القاسم موافقة لذلك.

وقوله فى المدونة ظاهره خلاف هذا أن المسألة إذا علم المحال أو أبرأ حكم الحوالة المحضة، وأنه لا يرجع، ولم يذكر فلسًا، ويحتمل أن يكون قوله مخالفًا لما تقدم من قول غيره، ويحتمل أن يكون موافقًا لهم، وأنه أطلق اللفظ فى المدونة وقيده فى الموازية.

مسألة: فإذا قلنا بقول مالك وجمهور أصحابه أنه يرجع فى الفلس، فهل له الرجوع مع اليسار، روى أشهب عن مالك: ليس له الرجوع على المحيل ما لم يفلس أو يمت المحال عليه.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يقول للرجل: علىَّ حقك، ودع صاحبك لا تكلمه، فإن الحق علىَّ، فإن كان المحيل مليئًا، فالمحال بالخيار بينه وبين المحيل.

وجه رواية أشهب عن مالك أنه قد أبرأ المحال المحيل من دينه بشرط أن يقبضه من المحال عليه، فلا رجوع له على المحيل، إلا بأن يتعذر قبضه ممن يضمن دفعه إليه، فيرجع عليه، لأنه لم يتعلق دينه بذمة المحال عليه تعلقًا من أجل معاوضة، وإنما تعلق بها تعلقًا من جهة مكارمة، فلم يلزمه بالفلس ولا بالموت ولزمته مع اليسار مدة الخيار.

ووجه رواية عيسى عن ابن القاسم أنها على وجه الحمالة، لأنه يوجد منه إبراء فى انتقاله إلى مطالبة المحال عليه، وإنما وجد منه ما يقتضى الاستيثاق من حقه والكف عن مطالبته مع بقاء حقه عليه؛ لأنه لم ينقله إلى مستحق عليه، وإنما تعلق حقه بمكارم، فكان له أن يطالب من عليه الحق ما لم يوجد الاستيفاء من غيره.

مسألة: وإذا علم بين الطالب والغريم مقابحة ومعاداة وامتناعًا بسلطان، فقال الطالب لمن استحال عليه: لا أطلب به غريمًا، وحقى عليك، ففى كتاب ابن حبيب من رواية مطرف عن مالك: الشرط جائز، وحقه عليه، حضر الغريم أو غاب، فى عدمه وملائه، إلا أن يشاء أن يرجع إلى غريمه، رواه ابن القاسم عن مالك.

وقاله أصبغ وابن عبدالحكم، قالا: وكان ابن القاسم إنما يقوله فى القبيح المطالبة أو

ذى السلطان، ونحن نراه فى كل أحد إذا بين وحقق. وقال ابن الماجشون: الشرط باطل، وهى حمالة لا يطالبه إلا فى غيبة الغريم أو عدمه حتى يسمى الحوالة.

وجه رواية مطرف وابن القاسم عن مالك أنه أمر لازم للمحيل؛ لأنه التزم أن يأخذه بحقه دون الغريم.

ووجه قول ابن الماجشون أن هذا الشرط لا يلزم إلا إذا سقط الخيار فى الرجوع على الغريم، ويثبت لما عقداه حكم الحوالة بالتلفظ بها.

مسألة: ولو أن الغريم ذهب بصاحب الحق إلى غريم له، فأمره بالأخذ منه، وأمر الغرم بالدفع إليه، فيقضيه البعض أو لا يقضيه شيئًا، وقد تقاضاه، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أن للطالب الرجوع على الأول، لأن هذا ليس باحتيال، ويقول إنما أردت أن أكفيك التقاضى، وإنما وجه الحق أن يقول أحيلك بحقك على هذا أو أبرأ إليك بذلك.

مسألة: ولو أحلت رجلاً على غريم بدين عليك، ثم تبين أنه ليس لك عليه إلا بعض ما أحلته به، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: إن قابل مالك عليه، فهو حول، وهو فى الباقى حميل. ووجه ذلك ما قدمناه.

مسألة: ومن شرط ذلك أن يكون الدين قبل الحوالة، فلو أحلته، ولا شىء لك على المحال، ثم قضيت المحال عليه ثم فلس أو مات، كان له الرجوع عليك.

وإن قلت: كانت حمالة، ثم صارت حولاً، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: له الرجوع على المحيل، ثم يرجع المحيل على المحال عليه بما دفع إليه.

ووجه ذلك أنه لما كان عقد الحوالة معناه الحمالة، ثم دفع المحيل إلى المحال عليه مالا يؤديه عنه بسبب تلك الحمالة، وهذا لا ينتقل بما عقداه إلى الحوالة، ولا يخرجه عن مقتضاه.

مسألة: ويجوز أن يستحيل من يعجل على معجل ومؤجل، ولا يجوز أن يستحيل من مؤجل على معجل ولا مؤجل.

ووجه ذلك أنه إذا كان دينه قد حل، فاستحال منه على معجل أو مؤجل، فإنه جائز، لأنه فى المعجل بالمعجل حوالة جائزة. وقد ورد عن النبى ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على ملىء، فليتبع».

وإذا استحال منه على مؤجل، فهو معروف منه محض؛ لأن لـه أن يتعجـل حقـه مـن المحيل أو المحال عليه، إن أفلس المحيل، فليس فيه غير مجرد المعروف، وإذا كـان دينـه مؤجلاً، لم تكن له المطالبة به، وإذا أحيل منه على دين معجل، فهو مـن ضـع وتعجـل، وإذا أحيل به على دين معجل، فهو من: حط عنى الضمان وأزيـدك والدين، وإن كـان عينًا، فليس بحقيقة العين؛ لأنه متعلق بالذمم، والذمم لا تتماثل.

ولو كان لها حكم العين لما جازت الحوالة إلا مع التقابض فى المجلـس، فهـو كمـن أخذ بدينه قبل حلول أجله من جنسه بما هو أقل أو أكثر وأجود أو أردأ؛ لتعـذر تمـاثل الذمم، ومثل هذا يجوز عند الأجل من جنس دينه، أقل منه أو أكثر، أو أدنى أو أعلى.

١٣٥٤ - مَالِك عَنْ مُوسَى بْنِ مَيْسَرَةَ أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلا يَسْأَلُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ، فَقَالَ: إِنِّى رَجُلٌ أَبِيعُ بِالدَّيْنِ؟ فَقَالَ سَعِيدٌ: لا تَبِعْ إِلا مَا آوَيْتَ إِلَى رَحْلِكَ.

الشرح: قوله للرجل: «**لا تبع إلا ما آويت إلى رحلك**» يريد مـا قـد قبضتـه، وصـار عندك. ومعنى ذلك أن هذا قد أقر أنه ممن يداين الناس، ويبيع منهـم بـالدين، فنهـاه عـن أن يبيع منهم ما لم يملكه بعد، أو ما يشتريه بعد موافقة المبتاع منه علـى بيعـه منـه بثمـن يتفقان عليه، فيشتريه من أجل ذلك، وربما لم يستتم قبضه من بائعـه منـه، ويـولى قبضـه المبتاع ممن باعه من هذا السائل؛ لأنه له اشتراه، فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذى ابتاعه فـى ثمنه الذى باعه به منه، وهو أكثر منه، فقال له سعيد: لا تبع إنـى كنـت مـن أهـل هـذا الصنف، وعرفت بمثل هذه الحال من التجارة، إلا ما قد تقدم ابتياعك له، وصح ملكـك له، وتم ذلك بالقبض له، فإن ذلك أبعد من الذريعة التى يخاف عليـك مواقعتهـا وتعلـق تبايعك بها، ولا تعلق لشىء من ذلك ببيعك ما تقدم ملكـك لـه، وقبضـك إيـاه، واللـه أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فلا يخلو أن يكون البيع الأول والثانى بالنقد، أو يكونان علـى التأجيل، أو يكون الأول بالنقد والثانى بأجل، أو يكون الأول بالأجل والثانى بالنقد.

فإن كانا جميعًا بالنقد، فلا يخلو أن يقول له: اشتر هذا الثوب، ولا يعين لمن يشـتريه، أو يقول: اشتره لى، أو يقول: اشتره لنفسك، فإن قال: اشتر هذا الثـوب بعشـرة، وهـو لى بأحد عشر، ففى كتاب محمد: يكره هذا، وليس هذا من بيوع الناس.

١٣٥٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٢.

وقال محمد: إن كان بالنقد كله، وهما حاضران، فذلك جائز، وإن دخله تأخير ودخلته الزيادة فى السلف.

ووجه قول مالك أنه لما كان هذا اللفظ يستعمل على وجه الابتياع، وهو قول: وهو لى بأحد عشر، وجمع ذلك كله فجعله ثمنًا للمبيع، كره ذلك ومنع منه؛ لأن معناه أن يبتاعه لنفسه بعشرة، ثم يبيعه منه بأحد عشر، فهو بيع ما ليس عنده.

وكذلك قال ابن حبيب فى الذى يقول له: اشتر سلعة كذا، وأنا أربحك فيها كذا أو أنا أربحك فيها، ولا يسمى شيئًا، فلا يجوز؛ لأن ذكر الربح يقتضى أن المأمور يشتريه لنفسه، ولو قال: اشتره بعشرة ولك دينار. قال مالك: ذلك جائز وضمانه من الآمر؛ جعل الدينار جعلاً للمأمور لما لم يكن فى اللفظ ما يمنع بظاهره ولا بصريحه.

ووجه قول ابن المواز مراعاة المعنى دون اللفظ؛ لفقد التمييز إذا كان البيعان بالنقد.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يجوز فيجب فسخ البيع الثانى.

مسألة: ولو قال: ابتع لى هذا الثوب، وأنا أبتاعه منك بربح كذا، ففى كتاب محمد عن مالك: ذلك جائز، وهو جعل، ولا خير فيه إلى أجل. وقول العتبية عن مالك فيمن قال لرجل: ابتع لى هذه السلعة بعشرة، وهى لى باثنى عشر، فإن استوجبها الآمر والثمن نقدًا، فلا بأس بذلك والزيادة على العشرة جعل.

قال ابن القاسم: وذلك إن لم ينتقد الثمن من عنده، أو نقده بغير شرط، فإن نقده بشرط رد إلى جعل مثله، ما لم يكن أكثر من الدرهمين كالبيع والسلف.

ووجه ذلك أنه إذا قال له: اشترها، فظاهره ملك الآمر لها، وأن الابتياع له، ولما احتمل أن يكون معنى اشترها لى؛ لتبيعها منى، شرط فى رواية العتبى عن مالك أن يستوجبها للبائع، فيكون ضمانها منه، ويكون ما زاده من الدينارين جعلاً للمأمور فى تناول ابتياعها له، وشرط أن لا يشترط عليه النقد؛ لأنه إن شرط ذلك عليه كان بيعًا وسلفًا مشترطًا.

مسألة: ولو قال: اشترها لنفسك بعشرة نقدًا، وأنا أشتريها منك باثنى عشر نقدًا أو إلى أجل؟ قال ابن حبيب: لا يجوز ذلك.

ووجه ذلك أنه إذا شرط أن يكون المشترى يشتريها لنفسه، ثم يبيعها منه، لم يحتمل هذا الجعل، وكان قد باع منه ما ليس عنده، وذلك غير جائز بثمن معجل ولا مؤجل.

فرع: فإن وقع ذلك، قال ابن حبيب: يفسخ الشراء الثانى؛ لأن البائع باعها قبل أن تجب له.

فصل: وإن كانت البيعتان إلى أجل، وذلك أن يقول له: ابتع، وإن كانت البيعة الأولى بالنقد، والثانية إلى أجل، فهذه أشد الوجوه فسادًا، لما فى ذلك من العينة. وقد قال مالك فى الموازية فيمن سأل رجلاً أن يبيع منه شيئًا، فيقول: أبتاعه لك، فيراوضه على الربح، ثم يشتريه، فيبيعه منه إلى أجل، أن هذه هى العينة المكروهة، وكذلك لو قال له: ابتع لى سلعة كذا، وأربحك فيها كذا إلى أجل، فكأنه دفع ذهبًا فى أكثر منها.

فرع: فإن وقع ذلك، ففى العتبية الذى يقول للرجل: ابتع لى هذه السلعة بعشرة، وهى لى باثنى عشر مؤجلة، أنه أراد بذلك إيجابها للآمر على أن ينقدها عنه للمأمور، ويبيعه منه باثنى عشر: أن ذلك يفسخ ما لم يفت، فإن فاتت، لزمت الآمر بعشرة نقدًا، ويسقط ما زاد؛ لأنه ضمنها حين قال له.

وقال ابن حبيب: إذا وقع لزمت السلعة الأمر بعشرة مؤجلة، وهى التى نقد عنه المأمور، وله جعل مثله.

ومعنى ذلك أن هذا استأجره على أن يبتاع له السلعة بدينارين على أن يسلفه المأمور عشرة دنانير إلى أجل، وقد قال ابن القاسم: إن هذه زيادة فى السلعة، وقوله: إن هذا يفسخ ما لم تفت السلعة، يريد تفسخ الإجارة والسلف، فترجع السلعة إلى المأمور؛ لأن دين البائع قد لزم، فإن فاتت السلعة حكم على الآمر بما أسلفه المأمور، وذلك عشرة دنانير تعجيل؛ لأن التأجيل كان بسبب عوض قد بطل.

ومعنى قول ابن حبيب أن البيع لا يفسخ، وإن لم تفت السلعة؛ لأن عمل الإجارة كمل، وفات نقص عقد الإجارة، فيلزم الآمر السلعة، وعليه ثمنها الذى إستسلفه، وجعل مثل المأمور فيما ابتاع به، ونحوه قال ابن المواز.

مسألة: وإن قال: اشترها بعشرة نقدًا، وأنا أشتريها منك باثنى عشر دينارًا إلى سنة، فإن ذلك أيضًا مما لا يجوز، قال ابن القاسم فى العتبية: فإن وقع ذلك، لزمت الآمر باثنى عشر إلى سنة؛ لأن مبتاعها ضمنها قبل أن يبيعها منه، وقاله مالك.

ومعنى ذلك والله أعلم، إن لم يظهر على ذلك إلا بعد أن باعا المأمور من الآمر بيعًا مستأنفًا، فكره ذلك لما تقدم فيه من الموعد، ولم يفسخ؛ لأنه لم يكمل بينهما فى ذلك بيع، ولذلك قال مالك: وأحب إلىّ أن يتورع المأمور عن الزائد على العشرة.

وأما فى الحكم، فيقتضى له باثنى عشر، وقد قال مالك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عنه، فى الذى يقول: اشتر هذا المبتاع، وأنا أبتاعه منك بربح يسميه إلى أجل، أن ذلك مكروه.

ومعنى ذلك ما قدمناه من أن يراعى عدم انبرام العقد ولزومه، فإن كان على الموعد، فهو مكروه، ولا ينتقض، وأن ذكر الربح وسماه، وإن ذكر الربح وسماه، وإن كان على اللزوم، فهو حرام، وهو الذى ينقض.

وقد روى ابن المواز عن مالك فى الذى يقول للرجل: اشتر هذا المتاع، أبتاعه منك بربح إلى أجل، ولم يتراوضا على ربح، يريد يقطعا سومًا، ثم عاد إليه، فباعه منه إلى أجل، أنه مكروه وإلا يفسخه إن نزل، فراعى فى هذه الرواية عدم ذكر تقدير الربح.

وقال ابن حبيب: إن قال له: اشتر سلعة كذا، وأنا أربحك أكثر، أو قال: أربحك، ولم يسم ربحًا: إن ذلك لا يجوز، ويحتمل أن يريد به الكراهية من أجل الموعد، فقد كره مالك فى ذلك العادة أو الموعد بأن يقول له: ليس عندى، ولكن عد إلىّ أشتره لك، ولو اشتراه من أجله، ثم يبيعه من غير موعد، ولا عادة، فلا بأس بذلك.

فصل: ولو كان البيع الأول بأجل، والثانى بالنقد، وهو مثل أن يقول الرجل لآخر: ابتع لى هذه السلعة إلى أجل بخمسة عشر، وأنا أبتاعها منك بعشرة، أو لم يقل لى، فقد روى عن مالك: أنه لا يعجبه ذلك وكرهه.

ووجه ذلك أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل فى بيع ما ليس عنده، وأن المبتاع الآخر أقرض الأول عشرة ليدفعها عنه عند الأجل إلى بائع السلعة، ويزيد من عنده خمسة.

فرع: فإن وقع ذلك، فقد قال محمد: إن قال: ابتعه لى، لزم الآمر ما ابتاع له به، ولا يجوز أن يلزمه نفسه بأقل نقدًا، ولا بأكثر تأخيرًا، ولو دفع إليه العشرة لدفع عنه الخمسة عشر إلى أجل، ردت إليه العشرة، وبقيت الخمسة عشر على الآمر إلى الأجل؛ لأن قوله: اشتره لى، يقتضى ملك الآمر لها بنفس العقد، ويحتمل ذلك قوله: اشترها ولا تقل: لى.

مسألة: ولو قال: اشترها لنفسك بخمسة عشر مؤجلة، وأشتريها منك بعشرة نقدًا [........](1) .

قَالَ مَالِك فِي الَّذِي يَشْتَرِي السِّلْعَةَ مِنَ الرَّجُلِ عَلَى أَنْ يُوَفِّيَهُ تِلْكَ السِّلْعَةَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى إِمَّا لِسُوقٍ يَرْجُو نَفَاقَهَا فِيهِ، وَإِمَّا لِحَاجَةٍ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ الَّذِي

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

اشْتَرَطَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُخْلِفُهُ الْبَائِعُ عَنْ ذَلِكَ الأَجَلِ، فَيُرِيدُ الْمُشْتَرِى رَدَّ تِلْكَ السِّلْعَةِ عَلَى الْبَائِعِ، إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لِلْمُشْتَرِى، وَإِنَّ الْبَيْعَ لازِمٌ لَهُ، وَإِنَّ الْبَائِعَ لَوْ جَاءَ بِتِلْكَ السِّلْعَةِ قَبْلَ مَحِلِّ الأَجَلِ لَمْ يُكْرَهِ الْمُشْتَرِى عَلَى أَخْذِهَا[٢] .

الشرح: وهذا على ما قال فى الذى يشترى السلعة من الرجل، يريد بالشراء هاهنا السلم، فمن أسلم فى سلعة إلى أجل مسمى لغرض، كان له فيها عند ذلك الأجل، فيخلفه البائع عند ذلك الأجل، ويأتى بها عند استغناء المسلم عنها، فإنها تلزم المسلم، وليس له ردها؛ لأنها بمنزلة الدين على البائع، فإذا أخر الدين عن محله، لم تجب بذلك استحالة جنس الدين ولا نقله إلى غيره، ولا نقض العقد الذى كان سبب ثبوته فى ذمته.

وقد قال مالك فى الرجل يكترى الدابة ليخرج بها من الغد إلى موضع اضطر إلى الخروج إليه، فيخلف الكرى، ويفر بدابته، ويكريها من غيره، ثم يعود إليه بعد مدة، وقد استغنى المكترى عنها: أنه ليس له إلا ركوب الدابة، وعليه الكراء الذى عقد به.

مسألة: ولو رفع المكترى أمره إلى الإمام، وكان اكترى منه راحلة غير معينة، اكترى على الكرى راحلة، فخرج بها، وإن كان اكترى منه راحلة معينة، لم يكن له أن يكرى عليه راحلة، وإنما يكون له أن يبقى على الكراء أو ينقد إلى الكرى، إن كان قريبًا، وإن كان بعيدًا يلحقه الضرر بانتظاره، واختار المكترى الفسخ، فسخ بينهما، لما فى ذلك من الضرر عليه.

مسألة: وهذا إذا كان الكراء لم يتقدر بزمان، فإن تقدر بزمان، فات الكراء بفوات

---

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٧١/٢٠، وقال: أما قوله: لو أن البائع جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشترى على أخذها، فهو كذلك عند سائر العلماء؛ لأن أعراض الناس ومنافعهم تختلف فى الاحتيال للسلع التى يبتاعونها، وليست السلعة كالدنانير والدراهم التى تلزم من عجلت له قبل محل أجلها أخذها؛ لأنها لا مؤنة لها، ولا يختلف العرض فيها، فإن اختلف ما يصرف فيه. وأما من سلم فى شىء من المأكول، أو الحيوان إلى أجل له فيه منفعة إذا قبضه عند ذلك الأجل، فقد اختلف العلماء فى ذلك، واختلف فيه أصحاب مالك. فروى أشهب، وابن وهب، عن مالك فيمن سلم فى كباش يؤتى بها فى الأضحى، فلم يأته بها حتى مضى الأضحى أنه يلزمه أخذها، كما لو سلم فى وصائف فى الشتاء فأتى بها المسلم إليه فى الصيف، أو سلم فى قمح لا بأن فعلوا فيه، فيأتيه بعد كل ذلك يلزمه أن يقلبه. وهذا معنى ما ذكره فى الموطأ. قاله ابن وهب.

الزمن، وإن تعلق بقطع مسافة أو بنفس العمل، فإنه على ضربين أحدهما: أن لا يتعلق بزمن معين. والثاني: أن يتعلق بزمن معين، فإن كان لا يتعلق بزمن معين كالكراء من مصر إلى إفريقية أو الشام، فهذا لا يفوت بمغيب أحد المتكاريين، وإن طالت المدة، والكراء بينهما ثابت، ما لم يفسخه إمام، على ما تقدم.

مسألة: وأما ما يتعلق بإبان، فعلى ضربين، أحدهما: يتعلق بإبان لا يمكن إلا فيه كما كتراء السفن فى البحر. والثانى: أن يتعلق به على وجه ما من صفة ذلك العمل لا يمكن إلا فى ذلك الإبان كاكتراء الحاج إلى مكة، واكترائهم من مكة إلى منى وعرفة.

فأما الضرب الأول، فلا خلاف فى المذهب أنه يفوت بفوات الإبان لا بفوات الوقت المعين ، وذلك يجرى مجرى السلم فى الرطب؛ ليقبض فى يوم معين من إبان الرطب، فإنه لا خلاف فى أنه لا يفوت بفوات ذلك اليوم المعين، وهل يفوت بفوات الإبان، وقد تقدم ذكره.

وأما الضرب الثانى، وهو اكتراء الحاج إلى مكة ومنى وعرفة، والذى نص عليه مالك فى المدونة وغيرها، وعليه أكثر أصحابنا أن الكراء ينفسخ؛ لأنه عمل له إبان، فوجب أن تنفسخ الإجارة عليه بفوات وقته ككراء السفن.

وروى ابن المواز عن مالك رواية أخرى أنه إن نقد الكراء فى الحج، فأحب إلىّ أن يتأخر الكراء إلى عام قابل، ولا يؤمر بالرد، وإن لم ينقد، فجاز فسخه، ثم رجع مالك فى الحج، فقال: يفسخ بينهما.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه مخير إن شاء بقى إلى قابل وإن شاء فسخ الكراء. وجعل ذلك محمد فى قوله بالفسخ كالكراء لأيام معينة.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه ليس ذلك من باب التعيين؛ لأن تعيين الأيام للكراء إنما هى أن يتقدر العمل بها، وإنما جاز ذلك لما نذكره بعد هذا إن شاء الله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى لا يفسخ بخروج أول الناس، وإنما ينفسخ بغيبة الكرى عنه فى وقت يعلم أنه إن تأخر عنه، فاته على السير المعتاد، والله أعلم.

مسألة: ومن سلم فى ضحايا ليوفى بها عيد الأضحى، فغاب عنه المسلم إليه، وأتاه بها بعد فوات الأضحى، فقد قال فى بعض الأقوال: يبطل السلم. وقد اختلف قول

مالك وأصحابه، فيمن سلم فـي الفاكهـة الرطبـة، ففـات إبانهـا قبـل قبضهـا، أو قبـض بعضها، ففى المدونة عن مالك أنه كان يقول يتأخر إلى إبانه من السنة الثانيـة، ثـم رجـع عن ذلك، فقال: لا بأس أن يأخذ بقية رأس مالـه. ومعنـى ذلـك والله أعلـم، أن لـه أن يؤخر أو يعجل، وكذلك رواه ابن حبيب عن مالك.

قال ابن القاسم: ومن طلب التأخير منهما، فذلـك لـه إلا أن يجتمعـا علـى التعجيـل، فذلك جائز. قال سحنون: ليس لواحد منهما الفسخ، وما بقى ففى ذمته إلى قابل. قـال أشهب: لا يجوز التأخير، وليـس لـه إلا رأس مالـه. وقـال أشـهب: مـن شـاء المحاصـة، فذلك له، إلا أن يتفقا على التأخير.

وجه قول مالك الأول أنه يتأخر إلى قابل، وهو الذى اختاره سحنون، وأنـه لا يجـوز الفسخ؛ لأنه عقد قد ثبت بينهما، ولزم فى الأعيان، فلا ينتقل ما عقـدا عليـه إلى غيرهـا كما لو أعسر البائع المسلم إليه، فيحتمل مسألة الكـراء للحـج أن تكـون مخالفـة لهـذه؛ لأنها تتوقت بالشرع، وهذه لا تتوقـت بالشـرع، وإنما تتوقـت بالإمكـان مـن القضـاء، ويحتمل أن يخالفها؛ لأن العقود على المنافع مخالفة للعقود على الأعيان فيما يتعلق بفـوات الإبان، ولذلك فسخ الكراء بينهما فى المراكب بفوات الإبان، ولو اشترى منه مركبًـا أو سلم إليه فيه، ففات وقت الانتفاع به من لم يكن غيره.

ووجه الفرق بينهما أن منافع الأعيان يجوز أن يعقد منها على ما لم يوجد ممـا يختـص بعين واحدة، والأعيان لا يجوز ذلـك فيهـا؛ لأن عقودهـا مبنيـة علـى الـلزوم علـى كـل حال، فلذلك لم يجز للبائع منها شيئًا فى ذمتـه، إلا مـا يعلـم أنـه لا يكـاد يعدمـه لكثرة جنسه وسعة ما يتعلق به. وأما قول أشهب، فلا يجوز عنده إلا الفسخ والتعجيل.

ووجه ذلك أنه مخير بين أمرين لا يجوز أن يكون أحدهما عوضًا للآخر على وجه مـا يخير فيه، فلم يصح ذلك كما لو اشترى منه ثمرة نخلة من عشـر نخـلات علـى أن يختـار المبتاع، وذلك أنه لا يجوز إذا كان له عليـه ديـن أن يعاوضـه فـى رطـب إلى عـام قـابل، فلذلك لا يجوز أن يخير بين تأخير دينه وبين إبقاء ثمرته عليه إلى عام قابل، ولا يجـوز أن يلزم بقاؤها إلى عام آخر لما فى الضرر على المبتاع بتأخير ما له عليـه كمـا لا يلزمـه فـى كراء السفن.

وقد اتفق ابن القاسم وأصبغ وقول مالك الذى رجع إليه على التخيير بين الأمرين.

ووجه ذلك أنه حق لأحد العاقدين لمـا فيـه مـن الضـرر اللاحـق بهمـا أو بأحدهمـا،

فكان كالعيب يجده بالمبيع، فله رده، وله إبقاؤه، ولو اشترى رجل جارية من أعلى الرقيق فتواضعاها، ثم اطلع المشترى على عيب بها لكان له الرضا بها، وانتظار قبضها، إذا انقضت مواضعتها أو ردها الآن معجلاً، فكذلك فى مسألتنا مثله، وهذا حكم كراء السفن إذا فات إبان جريها، لأنه لم يجب على من له الحق الفسخ، وإنما وجب له ذلك [........][1].

فرع: واختلف قول القائلين بالتخيير، فقال ابن القاسم: من شاء التأخير، فذلك له. وقال أصبغ: من شاء التعجيل، فذلك له.

وجه قول ابن القاسم أن الضرر يلحق من أراد التأخير بالتعجيل، كما يلحق من أراد التعجيل بالتأخير، وقد انعقد سلمهما بعين المسلم فيه، فلا ينتقلان عنه للضرورة؛ لاتفاقهما عليه؛ لأن فى نقلهما عنه مضرة لاحقة لمن كره التعجيل، ونقل عين المبيع إلى غيره، ولأنه إذا استوت الضرورة كان البقاء على حكم العقد أولى، كما يلزم إذا لم يكن فى إحدى الجهتين ضرورة.

ووجه قول أصبغ أن العقد مبنى على التعجيل، فالضرر اللاحق بالتأخير مخرج عن حكم العقد، فكانت مراعاته أولى من ضرر لا يخرج عن حكم العقد، بل يرد إليه؛ لأنا نعلم أن المسلم إليه يلحقه ضرر بتسليم ما عليه من المسلم فيه، لاسيما مع ضيق حاله، ولكنه ضرر يقتضيه العقد، فلا اعتبار به، ولا يغير له شيء من حكم العقد.

فرع: وقول مالك: «**لا بأس أن يأخذ بقيمة رأس ماله**»، ذكر الشيخ أبو محمد عن بعض شيوخه أن معناه إذا تراضيا، وهذا غير صحيح من جهة النقل؛ لأن ابن حبيب روى عن مالك أنه قال: للمشترى أن يؤخر أو يعجل، فهذا قول آخر فى التخيير، وهو أن يكون مقصورًا على المبتاع.

ووجهه أن الضرر يختص به فى تأخير ما له عليه تعجيله، وهذا غالب الحال، فكان الخيار مختصًا به كمكترى السفينة، وواجد العيب بالمبيع فيه المواضعة.

وفى كتاب محمد عن ابن القاسم مثل هذا الذى ذكره ابن حبيب عن مالك، وقد تقدم وجهه.

مسألة: إذا قلنا إنه يفسخ بينهما البيع، فقد قال ابن أبى زمنين: إن تحاسبا، فجائز أن

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

يأخذ ببقية رأس ماله ما شاء معجلاً، حاشا الطعام؛ لأنه يدخله فى معنى قول مالك اقتضاء طعام معجل فى طعام مؤجل، إذا كان لـه أن يؤخره إلى قابل بالثمرة، فتركها وأخذ مكانها طعامًا، كذلك قال ابن حبيب، وقد خففه أصبغ فى الطعام على إقرار منه بالمعنى فيه.

وفى كتاب محمد: يأخذ فيما لا يقطع إبانه من العنب زبيبًا أو عنبًا شتويًا، رطلا برطلين، بعد العلم بما بقى من الثمن، وكذلك من سلم فى لحم ضأن، فانقطع إبانه، فإن له أن يأخذ بباقى سلمه لحم بقر، أكثر أو أقل، نقدًا يقبض جميعه مكانه. فأما على أن يأخذ كل يوم منه ما شاء، فلا يجوز ذلك.

قال الشيخ أبو محمد: يريد محمد على قول من يرى أن ليس لهما إلا المحاسبة فيما ليس لحائط بعينه.

وروى عن ابن القاسم، ابن الكاتب: إنما يقع ما ذكره إذا حكم بالفسخ، أو أشهد بالفسخ، فحينئذ يأخذ لحمًا من غير نوعه، أقل أو أكثر، للخلاف الذى فى أصل المسألة، وما فيه خلاف، فإنه يحتاج إلى حكم أو إشهاد.

وقال الشيخ أبو محمد عبدالحق: لا اعتبار بالإشهاد، ولا تأثير له، وإنما الاعتبار بحكم الحاكم.

قَالَ مَالِكٌ فِى الَّذِى يَشْتَرِى الطَّعَامَ، فَيَكْتَالُهُ ثُمَّ يَأْتِيهِ مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْهُ، فَيُخْبِرُ الَّذِى يَأْتِيهِ أَنَّهُ قَدِ اكْتَالَهُ لِنَفْسِهِ وَاسْتَوْفَاهُ، فَيُرِيدُ الْمُبْتَاعُ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيَأْخُذَهُ بِكَيْلِهِ: إِنَّ مَا بِيعَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ بِنَقْدٍ، فَلا بَأْسَ بِهِ، وَمَا بِيعَ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ إِلَى أَجَلٍ، فَإِنَّهُ مَكْرُوهٌ حَتَّى يَكْتَالَهُ الْمُشْتَرِى الآخَرُ لِنَفْسِهِ، وَإِنَّمَا كُرِهَ الَّذِى إِلَى أَجَلٍ؛ لأَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرِّبَا، وَتَخَوُّفٌ أَنْ يُدَارَ ذَلِكَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ بِغَيْرِ كَيْلٍ وَلا وَزْنٍ، فَإِنْ كَانَ إِلَى أَجَلٍ، فَهُوَ مَكْرُوهٌ، وَلا اخْتِلافَ فِيهِ عِنْدَنَا[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٧٤، وقال: اختلاف العلماء فى هذه المسألة فى البيع كهذا فى السلم. وكذلك روى ابن القاسم، وغيره عن مالك، قال: إذا قال المسلم إليه للمسلم: هذا قد كلته، وصدقه المسلم، جاز له أن يأخذه بذلك الكيل. وكذلك لو كان المسلم الذى اشتراه من غيره، وقبضه، جاز للمسلم أخذه بذلك.

قال أبو عمر: الذى كرهه مالك فى البيع إلى أجلٍ، وجعله ذريعة إلى الربا، معناه أنه لم يصدقه=

الشرح: وهذا كما قال أن شراء الطعام بالنقد، إذا رضى المبتاع أن يصدق البائع فى كيله أو وزنه، إن كان موزونًا، فإنه جائز، وإن كان قد روى ابن حبيب عن القاسم بن محمد وغيره، استثقاله.

وقال مالك: «**وإنما كره ذلك إذا بيع بالتأخير، والذريعة فيه أبين**»، فعلى تأويل مالك لا يتعلق كراهيتهم له بالنقد، بل ذلك جائز بالنقد دون النساء، وذلك أنه ليس فى تصديقه فيما ابتاع بالنقد وجه بين من الذريعة إلى أمر مكروه، وعلى أنه قد ذكر أن الذريعة فى التأخير أبين، وظاهر هذا اللفظ يقتضى أن فى النقد وجهًا من الذريعة ليس يفتى به.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن ابتاع طعامًا سمى له كيله أو حضر كيله، فقد قال ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ: أنه على الكيل حتى يشترط التصديق.

=إلا من أجل الأجل، فكأنه أخذ الأجل ثمنًا؛ لأنه يمكن أن يكون دون ما قاله من الكيل، فرضى بذلك الأجل، فصار كذلك إذا كان ربا؛ لما وصفنا، ولهذا، والله أعلم، أدخل مالك هذه المسألة فى باب الربا فى الدين. وقال الشافعى، وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثورى، والأوزاعى، والليث بن سعد: إذا اكتال المسلم إليه كراءً لنفسه من بائعه ثم سلمه إلى المسلم بغير كيل، لم يجز ذلك، وليس له أن يبيعه ولا يتصرف فيه بأكل ولا غيره، حتى يكتاله.

قال أبو عمر: أصلهم فى هذا أنه لما كام المصدق القابض لما ابتاعه من الطعام من سلم أو غيره، لا يجوز له أن يبيعه حتى يكتاله بحديث ابن عباس أنه قال: من ابتاع طعامًا فلا يبيعه حتى يكتاله. وهذا عندهم تفسير معنى حديث ابن عمر، عن النبى ﷺ: «لا تبعه حتى تستوفيه». والاستيفاء لا يكون إلا بالكيل فيما بيع كيلا كان كذلك سائر التصرف. ودل على أن من لم يكتل ولم يستوف على ذلك، لا يصح قبضه معلومًا لإمكان الزيادة فيه والنقصان. وقال الشافعى: فإن هلك الطعام فذلك الطعام فى يد المشترى قبل أن يكيله، فالقول قوله فى الكيل مع يمينه.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إن استهلكه المشترى وتصادقا أنه كرء كان مستوفيًا. وقال الحسن بن حى: إن استهلكه المشترى ضمنه قيمته، كالبيع الفاسد. وقال أبو ثور: القول فيه قول المشترى مع يمينه، ويرجع عليه بما بقى، وإن باعه كان بيعه جائزا. وروى ابن وهب فى موطأه عن مالك أنه سأل عن رجل ابتاع من رجل طعامًا، وأخذه بكيله الأقل وصدقه فيه، فلما جاز به كاله، فوجد فيه زيادة إردب، أو إردبين أن يرد ذلك على البائع؟ قال: إن كان ذلك شيئًا بينًا، فنعم.

قال أبو عمر: يعنى أنه ما زاد على أنه يمكن أن يكون بين الكيلين، فعليه رده، وما كان معهودًا مثله بين الأكيال، فليس عليه رده، وأما أن وجده ناقصًا فالقول قول البائع عند مالك مع يمينه؛ لأنه قد صدقه المشترى إذا قبضه منه بقوله.

ووجه ذلك أن ضمانه من بائعه، وإن كان قد اكتاله حتى يكيله المبتاع منه، وقد يختلف الكيل، فيفسخ البائع منه إذا اشتراه على ما لا يرضى المبتاع.

مسألة: ومن ابتاع طعامًا على الكيل رجع بالتصديق، فلا رجوع للمشترى إلى الكيل، رواه ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أنه قد التزمه على التصديق، وأسقط عن البائع ما يلزمه من مؤنة الكيل، والضمان والرجوع بالنقص اليسير، الذى يكون من نقص الكيل، ففى هذه الأشياء الثلاثة يؤثر التصديق، فلا رجوع للمشترى فيها بعد، إن تركها للبائع.

مسألة: وإن أراد المبتاع بعد التصديق فيما اشترى على الكيل، وفيما اشترى على التصديق يكيله، إن هو بحضرة بينة قبل أن يغيب، وكان له ذلك، فإن وجد نقصًا لا يكون من نقص الكيل مما يشبه الغلط، كان له الرجوع به.

وإن غاب عليه قبل البينة، فعلى البائع اليمين أنه باعه على ما شاهد من كيله، وإن حلف برئ، وإن نكل حلف المبتاع، ورجع بما نقص منه، وإن وجد زيادة فى الكيل، فقد روى ابن المواز عن أشهب: من اشترى صبرة على أن فيها كيلاً سماه، فوجدها تزيد فليزد الزيادة، ويلزمه البيع فى الباقى.

ووجه ذلك أنه لما اشتراها على كيل معلوم، كان النقص والزيادة للبائع، فكما أنه لو نقصت رجع على البائع كذلك، إذا زادت، رد عليه الزيادة.

مسألة: ومن ابتاع طعامًا على التصديق، فقال مالك: لا يبيعه هو حتى يغيب عليه، ويكيله؛ لأنه لم يتم بيعه إلا بذلك، وقاله ابن كنانة، وأجاز ذلك ابن القاسم وابن الماجشون وأصبغ، قاله ابن حبيب فى الواضحة.

وجه قول مالك أن الذريعة فى ذلك إلى بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأنه إذا أراد ذلك صدق البائع ثم باعه، ثم أحضر بينة تشهد كيله على المبتاع منه، فلا يضره التصديق، ويرجع بما نقصه.

ووجه قول ابن القاسم أنه قد خرج عن ضمان البائع، فجاز له بيعه كما لو اكتاله.

مسألة: ومن ابتاع زقا فيه سمن بقمح جزافًا، وزعم بائع الزق، أن فيه عشرة أقساط، ففى العتبية عن ابن القاسم عن مالك أنه كره أن يأخذ السمن صاحبه، وبه

قال المخزومى، واختاره سحنون. وقال ابن القاسم: ذلك جائز، ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ.

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أنه طعام بطعام غير ناجز؛ لأن له أن يختبر كيله بعد التفرق.

ووجه قول ابن القاسم أن التصديق معنى يخرج به الطعام عن ضمان البائع كالكيل.

فصل: وقوله: «**وما بيع على هذه الصفة إلى أجل فهو مكروه**» قال: «**لأنه ذريعة الربا**»، فإن الذى يظهر إلينا من جهة المنع أن يكون المبتاع تجوز فى بعض المكيل لما عليه من الدين رجاء التأخير بعد الأجل، فيكون ذلك من وجه هدية المديان، ومن ابتاع بنقد، فقد سلم من ذلك.

وأما قوله: «**فهو ذريعة إلى الربا**» فلعله يريد ما ذكرناه؛ لأن ما يترك للبائع من نقص الكيل زيادة ازدادها من مال المبتاع، والله أعلم.

مسألة: ويجوز أن يبتاع الرجل الطعام إلى أجل، ويصدقه البائع على كيله إذا كان يكيله بالقرب. قال عن ابن القاسم فى العتبية: إذا كان فى السفر على الميل ونحوه. وأما إن كان مما يتأخر كيله الأيام، قال محمد عن ابن القاسم: أو إلى بلد يبلغه، لم يجز. ووجه ذلك ما احتج به من أنه يضمن له البائع المبيع، ونقصه المدة الطويلة.

وقال ابن القاسم: فإن كان عنده من ذلك الطعام بعينه ما يوفيه النقص، جاز ذلك، وإن لم يكن عنده، لم يجز ذلك، وإن قرب، وذلك إذا قال له فما نقص وفيتكه.

قال ابن المواز: وإذا قيل له: فما نقص فبحسابه، وكان ذلك بالقرب، فهو جائز، سواء شركاه فى أصل العقد أو اتفقا عليه بعد العقد، غير أنه لا ينقده إلا قدر ما لا يشكان فيه.

وروى فى المدونة عبدالرحمن بن دينار عن ابن كنانة أنه مكروه على الإطلاق دون شرط، قال: لأنه إن نقص الطعام كان قد كتب على نفسه ذكر حق البائع بشىء لم يتم له، فهذا لا يصلح، ويدخله فى باب آخر، وأبواب من الفساد، والوجه الذى ذكره يتخلص منه بأن، لا يكتب ذكر الحق حتى يكتاله أو يبين فى ذلك الحق أنه أخذه على التصديق فى كيله وأما الأبواب الأخر التى ذكرها من الفساد، فلعله ما تقدم ذكره لابن القاسم.

قال مالك: لا يَنْبَغِى أَنْ يُشْتَرَى دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ غَائِبٍ وَلا حَاضِرٍ إِلا بِإِقْرَارٍ مِنَ الَّذِى عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَلا عَلَى مَيِّتٍ، وَإِنْ عَلِمَ الَّذِى تَرَكَ الْمَيِّتُ، وَذَلِكَ أَنَّ اشْتِرَاءَ ذَلِكَ غَرَرٌ لا يُدْرَى أَيَتِمُّ أَمْ لا يَتِمُّ[1].

قَالَ: وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى دَيْنًا عَلَى غَائِبٍ أَوْ مَيِّتٍ، أَنَّهُ لا يُدْرَى مَا يَلْحَقُ الْمَيِّتَ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِى لَمْ يُعْلَمْ بِهِ، فَإِنْ لَحِقَ الْمَيِّتَ دَيْنٌ ذَهَبَ الثَّمَنُ الَّذِى أَعْطَى الْمُبْتَاعُ بَاطِلا.

قال مالك: وَفِى ذَلِكَ أَيْضًا عَيْبٌ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَى شَيْئًا لَيْسَ بِمَضْمُونٍ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ ذَهَبَ ثَمَنُهُ بَاطِلا، فَهَذَا غَرَرٌ لا يَصْلُحُ.

الشرح: وهذا على ما قال: لا يجوز أن يشترى دين على غائب، وذلك أن الدين الذى على الغائب، لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول أو لا يثبت عليه ذلك إلا بدعوى البائع له، فإن كان لا يثبت عليه إلا بدعوى البائع له، فلا خلاف فى المنع منه لما فيه من الغرر، والخطر لجواز أن ينكر من هو عليه، فيبطل ذلك كشراء الآبق، وإن نقد فيه دخله. وجه آخر من الفساد؛ لأنه إن أنكره من هو عليه رجع بما نقد فيه.

وإن نقد البيع فيه كان ثمنًا لما اشتراه، فيكون تارة بيعًا، وتارة سلفًا، وإن ثبت ذلك ببينة عدول، فهل يجوز شراؤه، والذى عليه الدين غائب؟ روى داود بن سعيد عن مالك: إذا ثبت الدين ببينة، وعلم أن الذى عليه الحق حى، فلا بأس بذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم: ثبتت له البينة أو لم تثبت، لا أحبه إلا أن يجمع بينه وبينه، والذى عليه فى المدونة فى السلم الثانى.

مسألة: وإذا بعت الدين من غير من هو عليه، ففى كتاب ابن المواز أنه يجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط، ولا يؤخر الغريم، إذا بعته منه إلا مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن تفارقه، ثم تطلبه، فلا يجوز.

ووجه ذلك أن تأخير المبتاع إذا كان غيره من باب الكالئ بالكالئ، واليسير منه

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٧٧، وقال: هو كما قال عند سائر العلماء؛ لأن الغائب ربما ينكر الدين، أو أتى بالبراءة منه إذا حضر. وكذلك الحاضر إذا لم يعرف، والميت فى ذلك كذلك؛ لأنه قد ثبتت عليه ديون تستغرق ماله، أو أكثره.

معفو عنه، كتأخير رأس مال السلم، وإذا بعته من الذى عليه الدين، فهو من باب فسخ الدين فى الدين، ولا يجوز منه إلا قدر ما لا يمكن القبض إلا به، فإن كان ما يأخذه، يسيرًا، فبقدر ما يأتى بمن يحمله، وإن كان طعامًا كثيرًا، جاز ذلك مع اتصال العمل فيه، ولو اتصل شهرًا، قاله أشهب.

مسألة: وهذا إذا كان ما يأخذه منه حاضرًا أو فى حكم الحاضر كالشىء يكون فى منزله أو مخزنه أو حانوته، فيذهبان من فورهما لقبضه. وأما إن كان على ستة أميال، فقد كرهه مالك، حل الدين أو لم يحل، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك ما يدخله من التأخير الذى لا يكون من أجل القبض، وإنما هو من أجل مغيب المبيع.

مسألة: فإذا قلنا إنه يجوز بيع الدين ممن هو عليه، فهل يجوز أن يبيعه منه بكراء أو إجارة. وروى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك منعه. وروى أشهب عن مالك إجازته.

وجه رواية ابن القاسم أنه معنى يعتبر به ما فى الذمة، ولا يبرأ تامًا، فلم يجز كما لو أخذ به جارية تتواضع أو تمرا يتأخر.

ووجه رواية أشهب أن المنافع لا يمكن قبضها إلا بقبض الرقاب، وذلك قد وجد.

مسألة: وأما استئجار من هو عليه كالثواب يصبغه أو يخطيه، أو الحنطة يطحنها، أو يكرى له منه أرضًا، فقد منعه مالك فى كتاب ابن المواز، قال: إلا العمل اليسير، والدين لم يحل، فذلك جائز، وإن حل لم يجز فى يسير ولا فى كثير، وكره مالك فى رواية ابن وهب فى دين لم يحل أن يستعمله له قبل الأجل، قال: أخاف أن يمرض أو يغيب، فيتأخر حتى يحل الأجل، فيصير دينًا بدين.

ووجه ذلك أنه قبل الأجل من باب الكالئ بالكالئ؛ لأنه ما لم يحل الأجل، فإنه يبيعه الدين المؤجل الذى له عليه بالعمل الذى يعمله له، ولا يكون فسخ دين فى دين؛ لأنه لم يحل بعد عليه، فيفسخه فى غيره، ويقتضى هذا أن دين كل واحد منهما يبقى إلى الأجل.

وأما إذا حل الأجل؛ فإنه يفسخ دينه الحال فى العمل، ولذلك لا يبقى له فى ذمته بنفس الاستئجار ما كان له عليه.

مسألة: وما يضارع بيع الدين أن يكون على الرجل دين من عروض يقضيكها ببلد، فتلقاه ببلد آخر، فلا بأس إذا حل الأجل، وتراضيتما أن تأخذ منه ما لك عليه فى جنسه وصفته، لا أفضل ولا أدون، فإن كان قبل الأجل، لم يجز، كان دينك من قرض أو بيع، ويجوز ذلك فى البلد قبل الأجل مثله، ويجوز فى القرض أجود منه، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أنه قبل الأجل إذا أعطاه بغير البلد لم يخل من حط عنى الضمان، وأزيدك أو ضع وتعجل، وكذلك القرض؛ لأنه ليس له أن يدفعه إليه بغير بلد القرض .

وإن كان ببلد القرض أو قبل السلم، جاز قبل الأجل مثله، ولم يجز أدون ولا أفضل لما قدمناه، ويجوز فى القرض أجود؛ لأن له أن يعجله، ولا يجوز أدون؛ لأنه ليس للمقرض أن يتعجله، فيدخله: ضع وتعجل.

قال مالك: وَإِنَّمَا فُرِقَ بَيْنَ أَنْ لا يَبِيعَ الرَّجُلُ إلا مَا عِنْدَهُ، وَأَنْ يُسَلِّفَ الرَّجُلُ فِى شَيْءٍ لَيْسَ عِنْدَهُ، أَصْلُهُ أَنَّ صَاحِبَ الْعِينَةِ إِنَّمَا يَحْمِلُ ذَهَبَهُ الَّتِى يُرِيدُ أَنْ يَبْتَاعَ بهَا فَيَقُولُ: هَذِهِ عَشَرَةُ دَنَانِيرَ، فَمَا تُرِيدُ أَنْ أَشْتَرِىَ لَكَ بهَا؟ فَكَأَنَّهُ يَبِيعُ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ نَقْدًا بخَمْسَةَ عَشَرَ دِينَارًا إِلَى أَجَلٍ، فَلِهَذَا كُرِهَ هَذَا، وَإِنَّمَا تِلْكَ الدُّخْلَةَ وَالدُّلْسَةُ[١].

الشرح: هذا على حسب ما ذكره أن من وجوه فساد بيع ما ليس عنده، وإن جاز ذلك فى السلم إن عمل أهل العينة إنما يقصدون بذلك إلى سلف درهم فى درهم ونصف؛ لأنه يقول له هذه عشرة دنانير، اشترى لك بها ما شئت، أبيعه منك بخمسة عشر دينارًا إلى أجل، فكأنه باعه عشرة نقدًا بخمسة إلى أجل، وهذا الذى ذكره وجه وجوه المنع من بيع ما ليس عندك بسبب الذريعة، وإنما قصد لما كان يتكرر قصده، وإلا فبيع ما ليس عندك ممنوع لنفسه.

وقد روى جعفر بن أبى وحشية عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام «سألت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله، يأتينى الرجل يسألنى البيع، ليس عندى أبيعه منه، ثم ابتاعه من السوق، قال: فقال: لا تبع ما ليس عندك»[*] وهذا أحسن أسانيد هذا الحديث.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٠/٢٧٨.

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣١٨.

ومن جهة المعنى أنه مبنى على أن السلم لا يصح إلا مؤجلاً، وإذا جوزنا السلم على الحول، حمل الحديث على أن يبيع ما ليس عنده، وهو أن يبيعه شيئًا معينًا قبل أن يملكه، ويتضمن خروجه من ملكه، وعلى أن اسم البيع لا يتناول السلم فى الظاهر.

ووجه آخر أنه يمنع منه لما فيه من الغرر لبيع ما ليس عنده، ويطلب عقيب البيع بقضائه، فيتعذر عليه تسليمه، وذلك يمنع صحة العقد كما لو كان معينًا.

فرق: وفرق بين شراء ما عند البائع وبين السلم فيه، أن السلم اختص بالتأجيل فى المشهور من المذهب، والبيع يختص بنفس المبيع، وما اختص بأحد العقدين، فإنه يختص به على سبيل التصحيح للعقد كالأجل فى السلم.

وفرق آخر، وهو أن السلم ينافى التعيين فى المبيع لما فيه من التغرير، فضمانه إلى الأجل والبيع ينافى عدم التعيين لما فيه من التغرير بتعذر تحصيله، وتفاوت ثمنه مع كونه حالاً عليه، فلا يجد السبيل إلى تسليمه.

* * *

مَا جَاءَ فِى الشِّرْكَةِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالإِقَالَةِ

مَالِك فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ الْبَزَّ الْمُصَنَّفَ وَيَسْتَثْنِى ثِيَابًا بِرُقُومِهَا، إِنَّهُ إِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْ ذَلِكَ الرَّقْمَ، فَلا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُ حِينَ اسْتَثْنَى، فَإِنِّى أَرَاهُ شَرِيكًا فِي عَدَدِ الْبَزِّ الَّذِى اشْتُرِىَ مِنْهُ، وَذَلِكَ أَنَّ الثَّوْبَيْنِ يَكُونُ رَقْمُهُمَا سَوَاءً، وَبَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ فِي الثَّمَنِ(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن الرجل إذا باع أصنافًا من البز، واستثنى ثيابًا بما رقم عليها من الثمن، أو بما كان عليه رقم جنس ما، والأول أظهر، فأنه لا يخلو إذا استثنى بعض النوع الذى استثنى منه أن يستثنى الاختيار، أو لا يشترط شيئًا، فإن استثنى الاختيار، فإن له ذلك، ولا يجوز ذلك إذا استثنى اختيار الأكثر منه، وهو بائع، وقد تقدم ذكره.

مسألة: وإن لم يشترط شيئًا، فهو شريط فى ذلك النوع بقدر ما استثنى منه من جميع عدده، وذلك مثل أن يكون ذلك النوع الذى استثنى منه ثلاثين ثوبًا، فيستثنى

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٣.

منها عشرة أثواب، فإنه يكون شريكًا فى ذلك النوع من المتاع بالثلث له ثلثه، ولمن ابتاعه ثلثاه.

فصل: وقوله: «**وذلك أن الثوبين يكون رقمهما سواء، وبينهما تفاوت فى الثمن**» يريد أنه لا يكون له أفضلهما ولا أدناها؛ لتفاوت أثمان النوع الواحد من الثياب مع تساويها فى الرقوم إما لأن الرقم بمعنى النوع، وإما لغلاء أو رخص، وإما أن البائع قد رقمها على المشترى بثمن واحد، يتحمل بعضها بعضًا، فإذا لم يشترط تعيينًا، ولا اختيارًا، فلم يبق إلا أن يكون شريكًا بعدد ما استثناه، والله أعلم.

قال مالك: الأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لا بَأْسَ بالشِّرْكِ وَالتَّوْلِيَةِ وَالإقَالَةِ مِنْهُ فِى الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ، قَبَضَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ بالنَّقْدِ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ رِبْحٌ وَلا وَضِيعَةٌ وَلا تَأْخِيرٌ لِلثَّمَنِ، فَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ رِبْحٌ أَوْ وَضِيعَةٌ أَوْ تَأْخِيرٌ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، صَارَ بَيْعًا يُحِلُّهُ مَا يُحِلُّ الْبَيْعَ، وَيُحَرِّمُهُ مَا يُحَرِّمُ الْبَيْعَ، وَلَيْسَ بِشِرْكٍ وَلا تَوْلِيَةٍ وَلا إِقَالَةٍ(١).

الشرح: وهذا على ما ذكره أن من ابتاع طعامًا على كيل أو وزن أو عدد، فلا يجوز له أن يبيعه حتى يستوفيه لنهى النبى ﷺ عن ذلك، ويجوز له أن يشرك فيه بأن يولى أحدًا جزءًا منه، أو يوليه جميعه أو يقبل البائع منه، وذلك كله قبل استيفائه.

والأصل فى ذلك ما روى ربيعة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى وأرخص فى الشركة والتولية والإقالة.

ومن جهة المعنى أن هذا من عقود المكارمة، فاستثنى من بيع الطعام قبل استيفائه كما استثنى بيع العرية من النهى عن بيع الرطب بالتمر.

فصل: وقوله: «**إذا كان فى ذلك النقد، ولم يكن فيه ربح، ولا وضيعة**» يريد بقوله إذا كان فى ذلك النقد أو يكون البيع على النقد، وتكون على ذلك الشركة أو التولية

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٠، وقال: لا خلاف بين العلماء أن الإقالة إذا كان فيها نقصان أو زيادة، أو تأخير أنها بيع، وكذلك التولية، والشركة، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى. وإنما اختلفوا فى الإقالة على وجهها بلا زيادة، ولا نقصان، لا نظرة، ولا هى بيع، فيحل فيها، ويحرم ما يحل فى البيع ويحرم، أم هى معروف، وإحسان، وفعل خير، ليست بيع، وكذلك الشركة، والتولية.

أو الإقالة، ولو كان النقد الأول على التأجيل، لم يجز ذلك، وإن كانت الشركة والتولية والإقاله إلى ذلك الأجل؛ لأن من سنة هذه العقود أن تكون مساوية لما تقدمها من البيع، ولا يكون فى شىء من العوضين نقص ولا زيادة، غير ما انعقد به البيع الأول، ولا يكاد الرقم يتساوى، ولا تصح فى ذلك شركة ولا تولية ولا إقالة لعدم تساوى الرقم.

مسألة: وإذا كان البيع الأول بالنقد، جازت الشركة والتولية والإقالة بالنقد دون تأخير ولا زيادة فى الثمن، ولا نقص منه؛ لأن ذلك يخرجه عن حكم الشركة والتولية والإقالة إلى حكم البيع المحض المنافى للمكارمة المبنى على المغابنة والمكايسة، والذى يمنع أن يملك به الطعام قبل استيفائه، ولذلك قال مالك: إذا كان فى ذلك تأخير أو زيادة ثمن أو نقص منه، فليس بشركة ولا تولية ولا إقالة.

فصل: وقوله: «**فإن دخل ذلك ربح، أو وضيعة، أو تأخير من أحدهما، صار بيعًا**»، يريد أنه لا تكون الإقالة والتولية والشركة إلا على حكم البيع الأول، لا زيادة عليه ولا نقصان منه، ولذلك كانت هذه العقود مبنية على المكارمة، ولو كان من أحدهما تأخير بأن المسلم إليه برأس مال المسلم، أو يكون المبيع منه الطعام، ثم قد أخر بثمنه، ثم أقال منه على التعجيل، أو اشترك، أو ولى على التعجيل، فإن ذلك كله يخرجه عن عقود المكارمة إلى المبايعة المحضة المبنية على المغابنة التى لا يجوز إيقاعها فى طعام بيع قبل استيفائه، ولذلك قال: يحله ما يحل البيوع، من أن لا يقع بعد الاستيفاء، ويحرمه ما يحرم البيوع، فلا يقع قبل الاستيفاء، والله أعلم.

قال مالك: مَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً بَزًّا أَوْ رَقِيقًا فَبَتَّ بِهِ، ثُمَّ سَأَلَهُ رَجُلٌ أَنْ يُشَرِّكَهُ فَفَعَلَ وَنَقَدَا الثَّمَنَ صَاحِبَ السِّلْعَةِ جَمِيعًا ثُمَّ أَدْرَكَ السِّلْعَةَ شَىْءٌ يَنْتَزِعُهَا مِنْ أَيْدِيهِمَا، فَإِنَّ الْمُشَرَّكَ يَأْخُذُ مِنَ الَّذِى أَشْرَكَهُ الثَّمَنَ، وَيَطْلُبُ الَّذِى أَشْرَكَ بَيِّعَهُ الَّذِى بَاعَهُ السِّلْعَةَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُشَرِّكُ عَلَى الَّذِى أَشْرَكَ بِحَضْرَةِ الْبَيْعِ وَعِنْدَ مُبَايَعَةِ الْبَائِعِ الأَوَّلِ، وَقَبْلَ أَنْ يَتَفَاوَتَ ذَلِكَ أَنَّ عُهْدَتَكَ عَلَى الَّذِى ابْتَعْتُ مِنْهُ، وَإِنْ تَفَاوَتَ ذَلِكَ وَفَاتَ الْبَائِعَ الأَوَّلَ فَشَرْطُ الآخَرِ بَاطِلٌ وَعَلَيْهِ الْعُهْدَةُ[1].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٥ - ١٦.

الشرح: وهذا على حسب ما قال «**أن من اشترى بزًا أو رقيقًا فبت شراءه**»، يريد اشتراه على القطع دون الخيار، «**ثم أشرك فيه رجلاً بأن باعه نصفه أو جزءًا منه، ونقد الثانى صاحب السلعة**» يريد البائع جميع ثمن السلعة، ثم استحقت، فإن دافع الثمن إلى البائع يرجع على المبتاع الأول بجميع الثمن، ويرجع المبتاع الأول بذلك على بائعه.

ووجه ذلك أنه بيع مستأنف، وكونه على صفة مخصوصة، لا يخرجه عن أن تكون فيه العهدة على البائع. ومعنى ذلك كله أن عهدة الشريك على من أشركه مع الإطلاق، وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه بيع مستأنف.

فصل: وقوله: «**إلا أن يشترط المبتاع على الذى أشرك بحضرة البيع، وقبل أن يتفاوت ذلك، أن عهدتك على الذى ابتعت منه**»[٢] يريد أن الشرك يصح فى الوقتين، روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن اشترط عليه ذلك بحضرة البيع، وقبل أن يفترقا مفارقة بينة، ويقطع ما كانا فيه من البيع ومذاكرته، وقبض منه حقه أو أخره به، فانبت الأمر بينهما، ثم أشركه بعد ذلك، فإن اشترط البيع قبل هذا، أن تكون العهدة على البائع، صح ما شرطه، وإن اشترط بعد ذلك، فالعهدة على المشترط، والمولى، ولا ينتفع بشرطه، وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَقُولُ لِلرَّجُلِ اشْتَرِ هَذِهِ السِّلْعَةَ بَيْنِى وَبَيْنَكَ، وَانْقُدْ عَنِّى وَأَنَا أَبِيعُهَا لَكَ: إِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ حِينَ قَالَ: انْقُدْ عَنِّى، وَأَنَا أَبِيعُهَا لَكَ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ سَلَفٌ يُسْلِفُهُ إِيَّاهُ عَلَى أَنْ يَبِيعَهَا لَهُ، وَلَوْ أَنَّ تِلْكَ السِّلْعَةَ هَلَكَتْ أَوْ فَاتَتْ أَخَذَ ذَلِكَ الرَّجُلُ الَّذِى نَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ شَرِيكِهِ مَا نَقَدَ عَنْهُ، فَهَذَا مِنَ السَّلَفِ الَّذِى يَجُرُّ مَنْفَعَةً[١].

---

(٢) قال فى الاستذكار ٢١/١٧: العهدة فى الشركة: فمذهب مالك أنها على المشرك دون البيع الأول، إلا أن يقول له المشترى عهدتك على البائع كعهدى، فيجوز ذلك إن كان بحضرة البيع، وإن تفاوت كان شرطه باطلاً، وكانت عهدة الشريك عليه لا على البائع الأول، وسواء كانت الشركة قبل القبض، أو بعده. ومعنى العدة الرد بالعيب والقيام فى الاستحقاق، والخصومة فى ذلك هل يكون ذلك بين الشريك، والذى أشركه، وبين البائع الأول فيكونان فى ذلك سواء.

وأما الشافعى، والكوفيون، فالشركة عندهم جائزة بعد القبض، والخصام فى كل ما ينزل فيها بين الشريكين، وليس للشريك إلى البائع الأول سبيل؛ لأنه لم يعامله فى شىء، وأما قبل القبض، فلا شركة ولا خصام، ولا عهدة عندهم فى شىء من ذلك.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يقول الرجل للرجل: اشتر هذه السلعة بينى وبينك بعشرة دنانير، وانقد عنى، وأنا أبيعها لك؛ لأن قوله: انقد عنى، اشتراك سلف يسلفه ثمنها ليكفيه هو مؤنة بيعها، ويتولى ذلك دونه، فقد جعل جعله فى الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يسلفه الآخر من ثمنها إلى أن يبيعها، ويرد عليه ما أسلفه، واستدل مالك على أن معنى هذا السلف بأن السلعة لو هلكت لرجع المسلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها.

فإذا ثبت أن معناه السلف، لم يجز ذلك، لأنا قد قدمنا أن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة، وهذا يمنع صحة هذا العقد، ويدخله مع ذلك غير ما وجه من وجوه الفساد.

مسألة: فإن وقع هذا، فالسلعة بينهما، وللمسلف على صاحبه ما أسلفه نقدًا، فإن لم يكن باع السلعة، لم يكن بيعها إلا أن العقد الذى وجب به عليه بيعها قد نقض، وإن كان المسلف قد باع السلعة، فله أجرة مثله فيما باع من نصيب المتسلف، وذلك أن الشراء وقع صحيحًا لهما جميعًا، وإنما وقع الفساد فى الإجارة من أجل السلف، فالسلف مردود، وللعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه، وله ربح حصته من السلعة، ولشريكه ربح حصته.

مسألة: ولو ظهر على هذا قبل النقد؛ لأمسك المسلف ما شرط عليه أن يسلفه، وإن كان قبل أن يعمل المسلف عمل فى حصته دون حصة شريكه، وكان على شريكه أن يعمل فى حصته، أو يستأجر المسلف استئجارًا مستأنفًا صحيحًا.

قال مالك: وَلَوْ أَنَّ رَجُلا ابْتَاعَ سِلْعَةً فَوَجَبَتْ لَهُ ثُمَّ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَشْرِكْنِي بِنِصْفِ هَذِهِ السِّلْعَةِ، وَأَنَا أَبِيعُهَا لَكَ جَمِيعًا كَانَ ذَلِكَ حَلالا، لا بَأْسَ بِهِ، وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ هَذَا بَيْعٌ جَدِيدٌ بَاعَهُ نِصْفَ السِّلْعَةِ عَلَى أَنْ يَبِيعَ لَهُ النِّصْفَ الآخَرَ[٢].

---

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٨ – ١٩: وقال: قد بين مالك، رحمه الله، الوجه الذى لم يجز عنده قوله الذى يشركه انقد عنى، وأنا أبيعها لك أنه من باب سلف جر منفعة. وهو إذا صح، وصرح به يجتمع على تحريمه، وأجاز الوجه الآخر؛ لأنه لا يدخله عنده إلا بيع وإجارة، والبيع والإجارة جائز عنده فى أصل مذهبه، وعند جماعة أصحابه.

وأما الشافعى، والكوفيون فلا يجوز عندهم بيع، وإجارة، لأن الثمن حينئذ يكون مجهولا عندهم؛ لأنه لا يعرف مبلغه حق الإجارة فى عقد السلعة، والإجارة أيضًا بيع منافع، فصار ذلك بيعتان=

الشرح: وهذا على ما قال أن من اشترى سلعة، وثبت له ملكها، ثم أتاه رجل، فقال له: أشركنى فى نصف هذه السلعة، وأنا أبيع لك جميعها، فإنه جائز، وذلك أنه باعه النصف الذى أشركه بنصف الثمن الذى ابتاعها به، وبعمله فى النصف الباقى له يتناول بيعها، إلا أن يبيعها، فلم يدخل فى ذلك شىء من الجهالة؛ لأن الثمن معلوم والسلعة معلومة، وعمل الشريك فى بيعها معلوم.

ووجه تناوله فى ذلك معلوم، والله أعلم، وإنما يتعلق به من وجوه الاعتراض أنه جمع بين البيع والإجارة فى عقد واحد، وذلك جائز عند مالك؛ لأنهما عقدان مبنيان على اللزوم، ومقصودها واحد، فلا يتنافيان، ولم يجز أن يجتمع الجعل والبيع فى عقد؛ لأن الجعل مبنى على الجواز، والبيع مبنى على اللزوم، فهما يتنافيان، فلذلك لم يصح اجتماعهما.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن لجواز هذا العقد الذى ذكره مالك شروطًا، منها أنه لا يجوز إلا أن يضرب لمدة البيع أجلاً فيقول: على أن أبيع لك النصف الثانى شهرًا أو شهرين، أو ما اتفقا عليه من الأجل، فإن لم يضربا لذلك أجلاً، لم يجز، هذا المشهور عن مالك، وهى مسألة أصل الكتاب.

وفى المدونة: وذكر بعض الرواة عن مالك فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له المشترى النصف الثانى أنه لا يجوز، وإن ضرب لذلك أجلاً، فهو أحرم له.

فوجه قولنا أنه لا يجوز مع عدم الأجل، ويجوز مع وجوده، أن عدم الأجل، يبطل عقد الإجارة، وإن كان معنى ذلك الإجارة، وإن كان معناه الجعل، فلا يصح أن يقارن البيع لما قدمناه، وإذا ضرب الأجل، صحت الإجارة، وصح مقارنتها للبيع.

ووجه المنع من ذلك، قال بعض شيوخنا القرويين: إن معنى ذلك أنه اشترى معينًا، ولا يقبضه إلا إلى الأجل.

=فى بيعة. والوجه الأول أيضًا غير جائز عندهم؛ لما ذكره مالك، ولأنها إجارة بجهولة انعقدت مع الشركة، والشركة لا تجوز عندهم قبل القبض؛ لأنها بيع على ما ذكرنا عنهم، ولا يجوز أن ينعقد معها ما تجهل به مبلغ ثمنها على ما وصفنا.

وقد اختلف قول مالك فى الذى يسلف رجلاً سلفا لمشاركه، فمرة أجازه، ومرة كرهه، وقال: لا يجوز على حال. واختار ابن القاسم جواز ذلك، فروى ذلك كله عن مالك، قال: وإن كان الذى أسلفه ليقاده، ويضره بالتجارة، ثم جعل مثل ما أسلفه وتشاركا على ذلك، فلا يجوز؛ لأنه جر إلى نفسه بسلفه منفعة، وإن كان ذلك منه على وجه الرفق، والمعروف. قال ابن القاسم: قد اختلف قول مالك فى ذلك: فمرة أجازه، ومرة كرهه.

قال القاضى أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أنه ليس له أن يفوت النصف الذى صار إليه بالشركة قبل البيع أو انقضاء الأجل؛ لأنه لا يستحق جميع العين إلا بانقضاء الأجل؛ لأن بعضه إجارة بيعه فى جميع المدمة.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك، فباع السلعة قبل انقضاء الأجل، وذلك مثل أن يبيع منه نصف الثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الثانى شهرًا، وكان قيمة بيعه إياه شهرًا درهمين، فصار ثمن الثوب اثنى عشر درهمًا، فباعه فى نصف الشهر، فإن صاحب الثوب يرجع عليه بما بقى من إجارة المدة، وذلك نصف سدس ثمن نصف الثوب، وذلك ربع سدس قيمة الثوب كله. قال ابن المواز: يرجع بذلك ثمنًا.

وقال يحيى بن عمر: إلا أن يكون الثوب قائمًا، فيكون له شريكًا به فيه. ومعنى ذلك والله أعلم أن يكون إنما باع الأجير نصف المستأجر، وبقى نصفه الذى بيع منه، واستؤجر به بيده.

مسألة: ومما يجب أن يشترط فى هذا العقد أن تكون السلعة مما تعرف بعينها، كالحيوان والثياب والعروض مما ليس بمكيل، ولا موزون، فإن كان مكيلاً أو موزونًا كالطعام والحناء، ففى المدونة: أنه لا يجوز ذلك. وقال سحنون: يقبض الطعام، ويغاب عليه، وقد يبيع فى نصف الأجل، فيرد طعامًا قد غاب عليه، فيدخله السلف والإجارة.

* * *

مَا جَاءَ فِى إِفْلَاسِ الْغَرِيمِ

١٣٥٥ – مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِى بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ ابْنِ هِشَامٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِى ابْتَاعَهُ مِنْهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِى بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِى ابْتَاعَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ فِيهِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ»(١).

١٣٥٥ – أخرجه أبو داود برقم ٣٥٢٠ جـ٣/٢٨٥ كتاب البيوع باب الرجل يفلس. وذكره فى الكنز برقم ١٠٤٦٨ وعزاه لمالك وأبى داود، عن عبدالرحمن لأبى هريرة.

(١) ذكره ابن عبد البر فى التمهيد ١٦٧/٨، وذكره من طرق مختلفة، وقال: هكذا هو فى جميع الموطآت التى رأينا وكذلك رواه جميع الرواة، عن مالك فيما علمنا مرسلا، إلا عبدالرزاق، فإنه رواه، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى بكر، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ فأسنده. وقد اختلف فى ذلك عن عبدالرزاق:

.. ..

=حدثنا أحمد بن عبدالله بن محمد بن على، قال: حدثنا أبى، قال: حدثنا محمد بن قاسم، قال: حدثنا مالك بن عيسى، قال: حدثنا عبدالله بن بركة الصنعانى، قال: حدثنا عبدالرزاق، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن ابن شهاب، عن أبى بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعا فأفلس المبتاع، ولم يقبض من الثمن شيئا، فإن وجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها، وإن مات المشترى فهو أسوة الغرماء». وكذلك رواه محمد بن على، وإسحاق بن إبراهيم بن جوى الصنعانيان، عن عبدالرزاق، عن مالك بهذا الإسناد، مسندا، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ، ورواه محمد بن يوسف الحذامى، وإسحاق بن إبراهيم البيرى، عن عبدالرزاق، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى بكر بن عبدالرحمن، عن النبى ﷺ مرسلا، كما فى الموطأ ليحيى، وغيره، وذكر الدارقطنى أنه قد تابع عبدالرزاق على إسناده، عن مالك، أحمد بن موسى، وأحمد بن أبى طيبة وإنما هو فى الموطأ مرسل.

قال أبو عمر: واختلف أصحاب ابن شهاب عليه فى هذا الحديث أيضًا، نحو الاختلاف على مالك، فرواه صالح بن كيسان، ويونس بن يزيد، ومعمر بن راشد، عن الزهرى، عن أبى بكر بن عبدالرحمن، عن النبى ﷺ مرسلا، كما فى الموطأ، ورواه موسى بن عقبة، عن ابن شهاب، عن أبى بكر بن عبدالرحمن، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ مسندا، حدث به هشام بن عمار، عن إسماعيل بن عياش، عن موسى بن عقبة، عن الزهرى، عن أبى بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ قال: «أيما رجل باع سلعة فوجدها بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يكن قبض من ثمنها شيئا، فهى له، وإن كان قبض من ثمنها شيئا، فهو أسوة الغرماء». ذكره بقى بن مخلد، ومحمد بن يحيى النيسابورى، وغيرهما، عن هشام هكذا.

وإسماعيل بن عياش فيما روى عن أهل المدينة ليس بالقوى، ورواه الزبيدى واسمه محمد بن الوليد حمصى، يكنى أبا الهذيل، عن الزهرى، عن أبى بكر، عن أبى هريرة مسندا، كما رواه موسى بن عقبة، حدث به عبدالله بن عبدالجبار الخبائرى، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن الزبيدى، ذكره أبو داود، قال: حدثنا محمد بن عوف الطائى، قال: حدثنا عبدالله بن عبدالجبار الخبائرى، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن الزبيدى، فذكره وذكره ابن الجارود. حدثنا محمد بن عوف، حدثنا عبدالله بن عبدالجبار، حدثنا إسماعيل بن عياش، عن موسى بن عقبة، عن الزهرى، عن أبى بكر بن عبدالرحمن، عن أبى هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع سلعة وأدرك سلعته بعينها عند رجل أفلس، ولم يقبض من ثمنها شيئا فهى له، وإن كان قضاه من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء». فجمع إسماعيل بن عياش حديث موسى بن عقبة، وحديث الزبيدى جميعًا، وإنما ذكر أبو داود روايته عن الزبيدى؛ لأنه من أهل بلده، وحديثه عنهم مقبول عند أكثر أهل العلم بالحديث، وحديثه عن غير أهل بلده فيه تخليط كثير، فهم لا يقبلونه، وفى رواية الزبيدى بعد قوله: فإن كان قضاه من ثمنها شيئا فما بقى فهو أسوة الغرماء، قال: وأيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه، اقتضى منه شيئا، أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء، قال:=

١٣٥٦ - مَالِكٌ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ

=وقد روى هذا الحديث عن الزبيدى، عن الزهرى، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة وهو خطأ، والله أعلم. وإنما يحفظ للزهرى، عن أبى بكر بن عبدالرحمن، لا عن أبى سلمة.

أخبرنا سعيد بن عثمان، حدثنا أحمد بن دحيم، حدثنا أبو عروبة الحسين بن محمد الحرانى، حدثنا عمرو بن عثمان، حدثنا اليمان بن عدى، قال: أخبرنا الزبيدى، عن الزهرى، عن أبى سلمة، عن أبى هريرة، قال: قال النبى ﷺ: «أيما رجل أفلس وعنده مال امرئ بعينه، اقتضى منه شيئا أو لم يقتض منه شيئا، فهو أسوة الغرماء».

قال أبو عمر: ليس هذا الحديث محفوظًا من رواية أبى سلمة، وإنما هو معروف لأبى بكر بن عبدالرحمن، وقد تكون رواية من أسنده، عن ابن شهاب، عن أبى بكر، عن أبى هريرة صحيحة؛ لأن يحيى بن سعيد يروى، عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبدالعزيز، عن أبى بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ فى التفليس مثله. سواء إلا أنه لم يذكر الموت، ولا حكمه، وفى حديث ابن شهاب أن الغريم فى الموت أسوة الغرماء، وإن وجد ماله بعينه. وروى بشير بن نهيك، عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ مثله فى التفليس، ولم يذكر حكم الموت، والحديث محفوظ لأبى هريرة، لا يرويه غيره فيما علمت.

وحدثنا أبو عبدالله بن رشيق، قال: حدثنا المغيرة بن عمر العدنى بمكة، قال: حدثنا أحمد بن زيد ابن هارون، قال: حدثنا عبدالأعلى بن حماد، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: حدثنا قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد غريمه متاعه بعينه فهو أحق به». وروى أيوب، وابن عيينة، وابن جريج، عن عمرو بن دينار، عن هشام بن يحيى، عن أبى هريرة، أن النبى ﷺ قال: «إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها، فهو أحق بها، دون الغرماء». وحديث التفليس هذا من رواية الحجازيين، والبصريين حديث صحيح، عند أهل النقل ثابت، وأجمع فقهاء الحجازيين وأهل الأثر على القول بجملته، وإن اختلفوا فى أشياء من فروعه، ودفعه من أهل العراق أبو حنيفة، وأصحابه، وسائر الكوفيين، وردوه، وهو مما يعد عليهم من السنن التى ردوها بغير سنة، صاروا إليها، وأدخلوا النظر حيث لا مدخل له فيه، ولا مدخل للنظر مع صحيح الأثر.

١٣٥٦ - أخرجه البخارى فى الاستقراض وأداء الديون ٢٤٠٢. ومسلم فى المساقاة ١٥٥٩. والترمذى فى البيوع ١٢٦٢. والنسائى فى البيوع ٤٦٧٤، ٤٦٧٥. وأبو داود فى البيوع ٣٥١٩، ٣٥٢٠، ٣٥٢٣. وابن ماجه فى الأحكام ٢٣٥٨، ٢٣٥٩، ٢٣٦٠، ٢٣٦١. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٠٨٤، ٧٣٢٥، ٧٤٥٥، ٨٣٦١، ٨٧٦٩، ٩٠٦٥، ٩٠٨٣، ٩٧٠٥، ٩٧٨١، ٩٩٤٩، ١٠٢١٨، ١٠٤١٥. والدارمى فى البيوع ٢٥٩٠. والبغوى فى شرح السنة ١٨٦/٨، عن أبى هريرة. والطحاوى فى معانى الآثار ١٦٤/٤، عن أبى هريرة. وذكره فى مجمع الزوائد ١٤٤/٤ كتاب البيوع باب فيمن وجد متاعه، عن أبى هريرة. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٥. وانظر: التعليق على الحديث السابق.

حَزْمٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنْ أَبِى بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ بْنِ هِشَامٍ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ».

الشرح: قوله ﷺ: «**أيما رجل باع متاعًا فأفلس الذى ابتاعه منه**» الفلس هو عدم المال، وهو الإعسار، قال الله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾ [البقرة: ٢٨٠]، ولا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولاً فلسه، أو معلومًا فلسه، أو معلومًا غناه.

فإن كان مجهول الفلس، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يحبس الحر والعبد حتى يستبد أمره لعله غيب ماله. وقال مطرف: ويحبس النساء، ومن فيه بقية رق فى الدين فى اللدد والتهمة.

ووجه ذلك أن ما يدعيه من الإعسار ينافيه إقراره بما عليه من الدين؛ لأنه قد أخذ عوضه، وذلك يقتضى أنه موسر به، فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه، فلذلك ألزمه السجن لتحقق حاله.

مسألة: ومن ادعى الفقر، وظاهره الغنى، وأقام بينة فى الفقر، ولم تزك بينته، لم يؤخذ عليه حميل، وسجن حتى تزكى بينته فى كتاب ابن سحنون، وذلك لما قدمناه من أنه يدعى خلاف الظاهر من حاله.

مسألة: وهذا لمن تفالس، ويقول: لا شىء له. وأما إذا حل الدين، فسأل أن يؤخره، ووعد بالقضاء، فليؤخره الإمام حسبما يرجو له، ولا يعجل عليه، حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون. وقال فى كتاب سحنون: إن سأل أن يؤخره يومًا أو نحوه أخر، ويعطى حميلاً بالمال، فإن لم يجد حميلاً به سجن.

ووجه ذلك أن تعذر القضاء قد يتجه على أكثر الناس اليوم واليومين والثلاثة، فإذا أعطى حميلاً بالمال، وسأل النظرة إلى مثل هذا المقدار مما لا مضرة فيه على المطالب له، فللحاكم أن يوقفه مثل هذا التأخير.

وقال ابن الماجشون، فى سماك لرجل عليه سمك، فسأل الصبر حتى يخرج، فيصيد، قال: يصبر عليه، ولم يشترط ابن الماجشون فى روايته الحميل.

ووجه ما تقدم من رواية ابن سحنون الحميل فى المال؛ لأنه لما جاز الأجل، كان له

أن لا يؤخره إلا بجميل، إلا أن يكون هذا السماك عديمًا يعلم أنه لا مال له، ولا يجد قضاء إلا من تصيده، فيترك والتصيد لأنه الوجه الذى يسلم إليه فيه، والله أعلم.

مسألة: ومدة سجن المجهول الحال تختلف باختلاف الدين، فيما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، فقال: يحبس فى الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر، وفى الكثير من المال أربعة أشهر، وفى الوسط منه شهرين.

ووجه ذلك أنه سجن على وجه اختبار حاله، فوجب أن يكون على قدر الحق الذى يختبر من أجله.

مسألة: ويحبس الوصى فيما على الأيتام من دين، إذا كان لهم فى يده مال، وكذلك الأب فى دين الولد، إذا كان له بيده ماله، رواه ابن سحنون عن ابن عبدالحكم. ومعنى ذلك أنه قبض له مالاً، لا يعلم بقاءه، فلا يقبل قوله؛ لأنه يدعى خلاف الظاهر.

مسألة: ويحبس الأب إذا امتنع من الإنفاق على ولده الصغير، ولا يحبس الأب فى دين الولد، يريد إذا كان له عليه دين يطلبه به، وأما تركه الإنفاق عليه، فضرر يلحق الولد وغيره يطلبه به.

مسألة: ويحبس المسلم للكافر فى الدين، رواه ابن حبيب، ويحبس السيد لمكاتبه فى الدين .

ووجه ذلك أن الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمنزلة إلا الوالد فى حق الولد؛ لأن حقه عليه ليس حرمته وقرابته؛ لأن حرمتهما واحدة، وإنما ذلك لما له عليه من حق الأبوة الموجبة للنفقة، ويحبس سائر القرابات من الأجداد وغيرهم، والله أعلم.

فإن ظهر أنه لا مال له، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يحلفه ويطلقه، ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

ومعنى ذلك أن يشهد له الشهود أنهم لا يعلمون له مالاً ظاهرًا، ولا باطنًا، وينقضى أمر السجن، ويلزمه هو اليمين؛ لأن الشهود إنما يشهدون على العلم، فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبت كالرجل يستحق الدار، فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لا يعلمون فوته، فيحلف هو على الباطن بالبت والقطع أنه ما فوته.

فصل: وأما من ثبت فلسه، وعلم عدمه، فروى ابن وهب عن مالك فى كتاب ابن

حبيب: لا يحبس إن كان معسرًا، ولا شيء له. وفي كتاب ابن المواز: إن علم أنه لا شيء له، فلا يحبس حر ولا عبد.

ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾ [البقرة: ٢٨٠].

مسألة: ولا يؤاجر المفلس في دينه، خلافًا لابن حنبل.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾ [البقرة: ٢٨٠]. ومن جهة المعنى أن الدين إنما يتعلق بذمته دون عمله. قال ابن المواز: سواء كان حرًا أو عبدًا، مأذونًا له في التجارة.

فصل: وأما من علم غناه، أو كان ذلك ظاهر أمره، ففي كتاب ابن المواز والعتبية: يحبس حتى يوفي الناس حقوقهم، أو يتبين أنه لا شيء له، فهذا لا يصرف، ولا يعجل سراحه حتى يستبرأ أمره، قال: وهذا مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس، ثم يدعون ذهابها، ولا يعلم أنه سرق له شيء، ولا أحرق له منزل، ولا أصيب بشيء.

فصل: وإنما يثبت فلسه بحكم الحاكم بذلك، وإنما يحكم الحاكم بذلك بعد أن يثبت عنده ما يوجب ذلك، فيمنعه من التصرف في ماله، ويحجر عليه فيه حتى يقسمه بين الغرماء، ويعجل ما عليه من دين مؤجل، ومن وجد سلعته كان أحق بها، وهذا معنى تفليسه، ولا يخلو أن يكون حاضرًا أو غائبًا.

فإن كان غائبًا وله مال حاضر، فقام غرماؤه عليه ليفلس لهم، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن وهب عن مالك: أن ذلك لهم. وروى ابن القاسم في العتبية والواضحة: إن كانت غيبة قريبة، فيكتب إليه، ويكشف عن أمره ليعرف ملاءه من عدمه.

وإن كان بعيد الغيبة، فلا يخلو أن يعرف حاله في العدم واليسار، أو يجهل ذلك، فإن جهل ذلك فلس، رواه ابن المواز عن أشهب وابن القاسم، وإن عرف يساره، فقال ابن القاسم: لا يفلس. وقال أشهب: يفلس.

وجه قول ابن القاسم أن هذا معروف الملاءة، فلا يفلس. أصل ذلك إذا كان حاضرًا.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أن مال الغائب البعيد الغيبة، لا يقضى منه دين، ولا يعرف ما يدل عليه فلا يمنع ذلك إفلاسه.

فرع: فإذا قلنا برواية مطرف وابن وهب أنه يفلسه الحاكم، ويقضى ديون الحاضرين، وتحاصوا بما علم أنه عليه لغائب، ولا يؤخرون لاستبراء ما عليه؛ لأن ذمته باقية.

وأما الميت فإن ذمته قد ذهبت، فلذلك يستأنى بهم إذا كان معروفًا بالدين، رواه مطرف وابن وهب عن مالك.

مسألة: فإن كان حاضرًا، فلا يخلو أن يريد جميع غرمائه تفليسه أو بعضهم، فإن، أراد ذلك بعضهم، فإن للقائم تفليسه وسجنه، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وإن أراد بعضهم ذلك [......][(١)] .

ووجهه أن ذلك حق للطالب، فلا يبطل بإسقاط غيره عنه مثل ذلك الحق كما لو وهب بعضهم دينه، لم يلزم غيرهم أن يهبه دينه أيضًا، ولمن أبى تفليسه أن يحاص القائم فى مال المفلس، ويقر بيد المفلس ما كان له بالمحاصة، وليس للقائم أخذ ذلك منه فى دينه، رواه ابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أن تفليسه يقتضى تحاص غرمائه فى ماله، فمن أقر حصته بيده، فهو بمنزلة من استأنف معاملته بعد التفليس، لم يكن للغرماء أخذ ما عامله به من المفلس.

مسألة: وهذا إذا قام من أراد إقرار حصته بيده، وطلب المحاصة، وأما من أمسك عن الطلب وعلم بالتفليس، وتقاسم الغرماء ماله، وهو حاضر، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: أنه إن قام بعد ذلك، فلا شيء له إلا أن يكون له عذر فى تركه القيام أو يكون له سلطان.

ووجهه أنه إذا علم بذلك، وأمسك عن الطلب مع عدم العذر، فالظاهر أنه راض بذلك، ومسوغ له حصته من ماله رضا بطلب ذمته مع خرابها أو رفقًا به، قال مطرف وابن الماجشون: وذلك بمنزلة سكوته عما أعتق المفلس، ثم يريد القيام به، والله أعلم.

مسألة: ويصح ذلك من تفليسه بحكم الحاكم، قال: وإذا قام غرماؤه، فأمكنهم من ماله يتبعونه، ويقتسمونه، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: أنه بمنزلة تفليس السلطان.

ووجه ذلك أنه حكم لا يتعدى المفلس وغرماءه، فإذا اتفقوا عليه ثبت بينهم، ومعنى ثبوت الحكم بينهم أن يكون من عامله بعد التفليس أحق بيده ممن فلسه، وأخذ حصته مما كان بيده، رواه أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم.

---

(١) ما بين المعقوفتين بياض فى الأصل.

مسألة: وهذا إذا وجدوا له مالاً تحاصوا فيه، فإن لم يجدوا له شيئًا، فتركوه، فتداين بعد ذلك، فليس هذا بتفليس، قاله ابن القاسم فى العتبية، قال: ولو بلغوا به السلطان، ففلسه لكان هذا تفليسًا، لأنه قد بلغ من كشف حاله ما لا يبلغه غرماؤه، ولو علم أن غرماء يبلغون من ذلك ما لا يبلغه السلطان، رأيته تفليسًا، ولكن لا آخذ به خوف أن لا يبلغوا ذلك، وقاله أصبغ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففيه خمسة أبواب، الباب الأول: فى حكم إقرار المفلس قبل التفليس وبعده. والباب الثانى: فى حكم ما لا ينتزع من ماله، ولا يحجر عليه. والباب الثالث: فى حكم ما يحجر عليه من ماله قبل البيع وبعده. والباب الرابع: فى ديون المفلس. والباب الخامس: فيما تقع فيه المحاصة.

* * *

الباب الأول فى حكم إقرار المفلس قبل التفليس وبعده

أما إقرار المفليس وبيعه لماله وقضاؤه عن بعض غرمائه، ففى كتاب ابن حبيب فيمن أحاط الدين بما له إن قضى بعض غرمائه أو رهن، فقد اختلف فيه قول مالك، فقال: يدخل فى ذلك باقى الغرماء. وقال: لا يدخلون، وذلك ماض. قال ابن القاسم: وعلى هذا جماعة الناس.

وجه القول الأول أنه محجور عليه فى ماله، ولذلك لا يجوز له عتق بغير إذن غرمائه، فأشبه الذى قد حكم الحاكم بتفليسه أو المريض، فقد قال أصبغ فى العتبية: إن المريض المخوف عليه لا يقضى بعض غرمائه دون بعض، وإن كان غير مخوف، لم يحجر عليه القضاء فى ماله.

ووجه القول الثانى أنه ليس بمحجور عليه؛ لأن بيعه جائز وكذلك قضاؤه دين البيع، وإنما يمنع من إتلاف ماله على غير وجه المعاوضة كالهبة والعتق.

فرع: قال ابن القاسم: وإذا فطن المقتضى باستغراقه، وبادر الغرماء، فهو أحق، وهذا ما لم يكن الغرماء قد تشاوروا كلهم فى تفليسه، ولم يرفعوه بعد، فخالف بعضهم إليه، فقضاه. قال ابن القاسم: قال: يدخل معه سائر الغرماء. وقال أصبغ: لا يدخلون معه.

وجه قول ابن القاسم أنهم إذا تشاوروا فى تفليسه، فقد اتفقوا على التحاص فى ماله، وذلك يقتضى اشتراكهم فيه، فمن اقتضى منهم شيئًا شاركه فيه الآخرون، كما لو باعوا منه بعقد واحد.

ووجه قول أصبغ أنهم لم ينقدوا ذلك، فلم يوجد الاشتراك بينهم، وإنما يحصل الاشتراك بإنفاذ التفليس والحجر عليه فيما بيده، والله أعلم.

مسألة: والتفليس الذى يمنع قبول إقراره، فيما روى ابن المواز عن مالك أن يقوم عليه غرماؤه على وجه التفليس. قال محمد: يريد، وحالوا بينه وبين ماله وبين البيع الفاسد، والشراء، والأخذ والإعطاء، فإنه لا يقبل إقراره حينئذ بدين.

قال أحمد بن ميسر: ما كان قائم الوجه منبسط اليد فى ماله، فإنه يجوز إقراره، إلا أنه إذا خاف من قيام الغرماء، فأقر لمن يتهم عليه من والد أو ولد، فأراه فاسدًا، ويبطل إقراره، قال: وليس كذلك إقراره للأجنبيين، والله أعلم.

مسألة: وإذا أقر الرجل بمال، فلا يخلو أن ديون غرمائه بغير بينة أو ثابتة ببينة، فإن كانت إنما هى بإقرار، فيجوز ذلك لمن أقر له فى ذلك المجلس، وبلفظ واحد أو قرب بعض ذلك من بعض، قاله مالك فى كتاب محمد.

ووجه ذلك أن ما ثبت به دينهم بسبب واحد، فلم يرد بعض ذلك دون بعض.

وإذا أقر لقوم، ثم استأنف بعد مدة أو فى مجلس واحد لغيرهم، فإنه لا يثبت إقراره للآخرين؛ لأن الدين الأول قد حجر عليه بسببه، فلم يكن له أن يقر بما يدخل النقص عليه كما لو ثبت ببينة.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: إذا أقر المفلس لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه، ولا بينة لغرمائه، فإن المقر له يحاص سائر غرمائه.

مسألة: وأما إن كان الدين الأول ثبت ببينة، فإنه لا يجوز إقراره لمن يثبت دينه من الغرماء فى وقت الحجر عليه؛ لأنه يدخل نقصًا على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله، وذلك غير جائز؛ لأن من حجر عليه فى البيع والشراء والأخذ والإعطاء، فقد حجر عليه فى الإقرار كالسفيه.

وفى كتاب محمد: وقد كان من قول مالك: أن من أقر له المفلس، إن كان يعلم منه تقاضيًا له، ومداينة وخلطة، فإنه يحلف، ويحاصص من له بينة.

ووجه هذا القول أن الحجر عليه غير ثابت؛ لأنه مأخوذ بهذا الإقرار، ويتعلق بذمته ما تقدم من المخالطة له فيه، فوجب أن يحاص به وأما السفيه، فإن ما أقر به غير متعلق بذمته، فلذلك لم يؤثر إقراره.

قال ابن حبيب عن ابن القاسم: سواء كـان إقـراره لمن يتهـم عليـه، أو لمـن لا يتهـم عليه، فإنه غير جائز إذا كان للغرمـاء بينـة، وهـذا إذا كـان الدين الثـابت بالبينـة، وقـد أحاط بماله، فإن لم يحط بماله، جاز إقراره لمـن أقـر بـه، قالـه مـالك فـى الموازيـة، احتـج لذلك بـأن مـن ثبـت دينـه، لـم يكـن لـه تفليسـه والحجـر عليـه، فجـاز إقـراره كسـائر المتصرفين.

مسألة: وهذا حكم إقراره بـالدين، وأمـا أن يقـول لبعض مـا بيـده هـذا قـراض، أو وديعة، ففى العتبية من قول ابن القاسم: لا يصدق المفلس فى ذلك، كما لا يصـدق فـى الدين، وبه قال أشهب.

ووجه ذلك أنه إقرار يدخل على الغرماء النقص، فلم يجز كـالإقرار بـالدين كمـا لـو قال له: فى مالى وديعة أو قراض، ولم يعين، فـإن أصبـغ، قـال: لا يجـوز إقـراره. وقـال أصبغ: يقبل قوله فى الإقرار بالوديعة والقراض، وإن لم يكن على أصل ذلك بينة، قـال: لأنه إقرار بأمانة، ولم يقر بدين، رواه أبو زيد عن ابـن القاسـم فـى العتبيـة. زاد أصبـغ: وذلك إذا أقر بمن لا يتهم عليه.

* * *

الباب الثانى فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء فى ديونهم

ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: يترك لهما فيه نفقة له، ولأهلـه ولعيالـه، وكسوة له ولأهله، وفى كسوة زوجته شك. وقال سحنون فـى العتبيـة: يـترك لـه قـدر نفقته وكسوته، ولا يترك له كسوة زوجته.

قال ابن القاسم: يترك له لبسه إلا أن يكون فيه فضل عن لباس مثله. قال ابن القاسـم فى العتبية: يترك له ما يكفيه هو وزوجته وولده الصغير الأيـام. وروى ابـن المـواز وابـن حبيب عن مالك: قدر الشهر. وروى ابن المواز عن أصبغ: إن كان الذى يوجد لـه قـدر نفقته شهرًا أو نحوه، فليترك له يعيش به.

ووجه ذلك أن ما يختص به من لباسه، لا يمكن أن يعرى منه لما فـى ذلـك مـن هتـك ستره، وكشف عورته فيترك له منه ما يكفيه مما جـرت عادتـه بمثلـه؛ لأن هـذا القـدر لا يعاوض عليه، وكذلك نفقته الأيام لنفسه ولبنيه الصغار إلى أن يتسبب فـى وجـه نفقتـه؛ لأن إسلامه للهلاك دون فوت غير جائز، وكذلك إخراجه عن عادة مثله.

وأما كسوة الزوجة، فتوقف فيها مالك، وصرح سـحنون بأنهـا لا تـترك؛ لأنهـا إنمـا

تصير إليها على سبيل المعاوضة، ولها كسوة سواها مما يملكها، وهى مما يطول بقاؤه، ويدوم الانتفاع به كالنفقة التى تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها، وبالله تعالى التوفيق.

مسألة: وما عدا ذلك من الحيوان والأثاث والدور والأرضين والعروض، فتتعلق حقوق الغرماء به، ويباع ذلك عليه. وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: يستأنى فى بيع ربعه بسوق الشهر والشهرين، وأما الحيوان، فالمدة اليسيرة، وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعًا. ومعنى ذلك والله أعلم، لما يلزم من الإنفاق عليه مع تسرع التغير إليه.

مسألة: وصفة بيعه بالخيار ثلاثًا طلبًا للزيادة، رواه مطرف عن مالك، وقاله ابن القاسم وسحنون، وإنما معنى ذلك أنه ربما توقف الناس عن الزيادة، إلا عند توقع إمضاء البيع، إذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة، فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثًا، ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها، فلا يؤخرها.

مسألة: ويباع على المفلس سريره وقبته ومصحفه وخاتمه، قاله مالك، واختلفوا فى بيع كتبه، فقال مالك فى الموازية: لاتباع عليه كتب العلم، قال: وكان غيره من أصحابنا يجيز بيعها فى الدين وغيره.

وإنما هذه المسألة مبنية على جواز بيعها، فإن مالكًا منع من بيعها فى المدونة وغيرها؛ لأن طريقها النظر، وليس بمقطوع بصحتها، وجوز بيع المصحف لصحة ما فيه، وقد أباح بيعها الجمهور. وقال محمد بن عبدالحكم: بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار، وأصحابنا متوافرون، فما أنكروا ذلك.

مسألة: ولا تؤجر أم ولد المفلس، ويؤاجر مدبره، وتباع كتابة مكاتبه، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أن أم الولد إنما بقى الاستمتاع، وذلك مما لا يباع، ولا يوهب، وأما المدبر، فإن خدمته للمفلس، وهو يعود مالاً، فجاز أن يباع ذلك عليه، وكذلك كتابة مكاتبه حق مؤجل يطلب به المكاتب، يصح بيعه فتعلق به حق الغرماء. أصل ذلك ما سلم فيه من العروض.

مسألة: ولا يجبر المفلس على اعتصار ما وهب لولده، ولا على الأخذ بشفعة به فيها فضل، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أن هذا يملك، ولا يجبر على ابتداء الملك بالقبول، كما لا يجبر على قبول هبة توهب له أو وصية يوصى له بها، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، ففى العتبية فى الصدقة، ولو بذل رجل السلف والعون لم يجبر على قبول ذلك، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

مسألة: وإن ورث أباه، فالدين أولى به ولا يعتق عليه، إلا أن يفضل منه شىء عن الدين، فيعتق، ولو وهب له العتق، ولا شىء فيه للغرماء، رواه أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية، قال: لأنه لم يوهب له ليبيعه الغرماء، وإنما قصد بذلك العتق.

مسألة: والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج، فليس لغرمائها أخذ مهرها فى دينهم، إلا أن يكون الشىء الخفيف كالدينار ونحوه، فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها، وتبقى بلا جهازها، قاله ابن القاسم فى العتبية.

ووجه ذلك أن حق الزوج متعلق بالجهاز، وعلى ذلك أمره، وقد تقدم بيانه فى النكاح.

مسألة: وإذا رهق الرجل دين، فزعم فى جارية أنها أسقطت منه، روى عيسى ومحمد ابن خالد عن ابن القاسم: لا يصدق إلا أن تقوم بذلك بينة من النساء، أو يكون قد فشا هذا قبل ادعائه، أو كان يذكر ذلك، وإلا بيعت للغرماء.

* * *

الباب الثالث فى ضمان ما يتحاص فيه الغرماء من ماله

المال لا يخلو أن يكون عينًا أو غير عين، فإن كان عينًا، فإما أن يكون قد أوقف لذلك، أو بيع له بعض ما وجد له، فروى ابن القاسم عن مالك: أن ضمانه من الغرماء، ورواه عنه ابن وهب ومطرف. وروى أشهب عن مالك: أن ضمانه من المفلس.

ووجه ذلك أنه على الصفة التى يصح القضاء فيها، ولا يحتاج إلى القسمة، ولذلك كانت من ضمان الغرماء، وهذا يصح إذا كانت الديون عينًا، وكان ما وجد عنده من العين مثله فى صفته.

فأما إن كان دينه عروضًا، فقد قال: يتحاص بقيمته، ويشترى له بذلك مثل عروضه، فالذى يحاص به العين، فلذلك يصير ضامنًا له؛ لأنه من حينئذ تفرد بملكه،

ومن أجله نقل إلى تلك الصفة إن كان بيع بـه عـرض، وإذا كـان مالـه طعامًـا، والديـن الذى عليه طعامًا فيجب على قول ابن القاسم أن يكون من ضمـان الغرمـاء؛ لأنـه علـى الصفة التى يستحقونها، وإنما وقف للقسمة بينهم، فكان ضمانه منهم.

مسألة: وإذا لم يكن عينًا وقف للبيع، فالذى روى ابن القاسم عن مـالك أن ضمانـه من المفلس. وروى ابن الماجشون عن مالك: أن ضمانه مـن الغرمـاء، فعلـى هـذا روايـة ابن القاسم عن مالك: الغرماء يضمنون العين، والمفلس يضمـن غـيره. وروايـة أشـهب: أن المفلس يضمـن الجميـع حتـى يقتسـمه الغرمـاء. وروايـة ابـن الماجشـون: أن الغرمـاء يضمنون ذلك كله لما احتج به من أنه لهم وقف، وبسببهم منع.

ووجه رواية ابن القاسم أن ما كان من جنس حقوق الغرمـاء، فضمانـه منهـم؛ لأنـه لم يبق للمفلس به تعلق، لأنه من جنس حقوقهم.

ووجه رواية أشهب أن حق التوفية بقى فيه، فكان ضمانه من المفلس.

قال ابن المواز: وقد قال ابن القاسم: فلو اشترى مـن العـين سـلعة بعـد التوقيـف لمـن ربحها، فقال: للمفلس يقضى منه دينه قيل له: فكيـف ربحـه لـه، وضمانـه مـن الغرمـاء، فسكت.

* * *

الباب الرابع فى حكم المحاصة

أما حكمها، فإنه ينظـر إلى كـل ديـن عليـه مؤجـل أجلـه بـالفلس، ويحـاص صاحبـه لغرمائه. قال مالك: لأن الفلس معنى يفسد الذمة، فاقتضى حلول الديون كالموت، ومـا له من دين مؤجل، فإنه يبقى إلى أجله، ويباع لغرمائه بما يجوز أن يبـاع بـه، لأن خـراب الذمة لا يوجب حلول الديون التى لها، وإنما يوجب حلول الديون التى عليها كخرابهـا بالموت.

مسألة: إذا ثبت ذلـك، فـلا يخلـو أن يكـون مـا عليـه مـن الديـون متمـاثلاً كـالعين، والمكيل والموزون، أو غير متماثل، فإن كان متماثلاً، وكان جميعه عينًا، صير ماله عينًـا، ويقاسمه الغرماء، بأن يعلم ما لكل واحد منهم، فيجمع، ثم ينظر كـم مقـدار مـا وجـد له من المال مما عليه من الدين، فإن كان النصف أخذ كل غريم نصف مالـه مـن الديـن، وأتبعه بالباقى فى ذمته متى أيسر.

فرع: وإن كان عليه ثياب وعليه مثلها، قال محمد بن عبدالحكم: يدفع فيما لـه عليـه قال الشيخ أبو محمد: يريد إن أصابته بالمحاصـة قيمتهـا، وإن كـان مـا عليـه مـن الديـن كطعام أو غيره من المكيل أو المـوزون، فقـد قـال محمـد بـن عبدالحكـم: إذا كـان مالـه طعامًا، وعليه مثله، دفع إلى غرمائه، يريد والله أعلم، يتحاصون فيه على ما تقـدم؛ لأنـه من جنس ما لهم كالعين.

مسألة: فإن كان ماله دراهم، وعليه دنانير، أو كان ماله دنانير، وعليـه دراهـم، فقـد قال محمد بن عبدالحكم: لا يصرفها إلا أن يصرفها من الغرماء بما تسوى برضاهم.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أنه مما يقـرب مـن ديـن الغرماء، ويجمع إليه فى الزكاة، فلا يكون حكمه حكم الحيوان والثياب فى لزوم بيعهـا، وإن اراد الغرماء أخذها تحاصوا فيها بصرفها.

مسألة: وإن كان ماله عروضًا، فاشترى بعض الغرماء شيئًا مما بيع عليـه حوسـب بـه فيما يقع به من المحاصة.

فصل: وإن كان ما عليه من الدين غير متماثل، مثل أن يكون له عليه عروض مختلفـة الأجناس حيوان وعين، فقد قال مالك فى كتاب محمد: إنـه مـن أفلـس وعليـه عـروض وحيوان أسلم إليه فيها، فـإن المشترى يحـاص بقيمـة ذلـك، فمـا حصـل لـه مـن القيمـة اشترى له ما شرطه.

وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم: أنه إن كان له طعـام مـن سـلم حـاص بقيمته، فما أصابه بذلك يشترى له به مثل طعامه ما بلغ، ولا يجـوز أن يـأخذ مـا أصابـه من القيمة ثمنًا.

ولو كان السلم فى وصيف، فدفع له ما يشترى به نصف وصيـف، خير أن يشـترى له نصف وصيف، ويتبع المفلس بنصف وصيـف، إذا أيسر، وبـين أن يـترك حتـى ييسـر صاحبه، فيأخذ منه وصيفًـا كـاملاً، وليـس لـه أن يـأخذ هـذه الدنـانير، ويتبعـه بنصـف وصيف، أو يهبه ما بقى، إلا أن يكون مـا أصابـه مثـل رأس مالـه، فـأقل، فيكـون إقالـة جائزة. قال الشيخ أبو محمد: يريد فى غير الطعام المسلم فيه.

فرع: والاعتبار فى القيمة بقيمة يوم المحاصة، رواه عيسـى عـن ابـن القاسـم، وقالـه مالك فى كتاب محمد.

ووجه ذلك أن ماله من الدين قد حل، وإن كان مؤجلاً، فإنما له قيمته ذلك اليوم؛ لأنه وقت القضاء.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يشترى له بتلك القيمة مثل الذى له عليه، فإن تأخر الشراء حتى غلا سعره أو رخص، فإنه لا تراجع فيه بينه وبين الغرماء. وأما التحاسب بينه وبين المفلس، ففى زيادة ذلك أو نقصانه.

ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة، وصار ذلك مختصًا به، فزيادته ونقصانه لا يتعلق بسائر الغرماء.

مسألة: وإذ اشترى من ماله من السلم، اعتبر فى ذلك الصفات التى اشترطها فى السلم، فإن كان وصف الطعام بأنه جيد، فقد قال محمد بن عبدالحكم: يشترى له أدنى ما تقع عليه الصفة، وقد قيل: أوسط تلك الصفة، ومعنى ذلك ما يلزم المسلم إليه من تلك الصفة مع التشاح، والله أعلم وأحكم.

* * *

الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة

وأما ما تقع فيه المحاصة، فهو كل دين ثابت قد لزم ذمته. وقد قال مالك: للمرأة أن تحاص غرماء الزوج بصداقها، أو ما بقى منه، رواه ابن حبيب وغيره، وهذا إذا كان قد بنى بها، فإن لم يبن بها، ففى كتاب ابن المواز: أنها تحاص بجميعه؛ لأنه حق تعلق بذمته له إسقاط بعضه بطلاقها، وله إثباته باستدامة نكاحها، فإن طلقها بعد الدخول، فلا تأثير لطلاقها فى مسألتنا هذه.

وإن طلقها قبل الدخول، فلا يخلو أن يكون لم يدفع إليها شيئًا من الصداق، أو يكون قد دفع إليها جميعه أو بعضه، فإن كان لم يدفع إليها شيئًا من الصداق حاصت الغرماء بما وجب لها منه، وهو نصفه، وإن كان قد دفع إليها جميعه كان لها نصفه، والنصف الثانى دين لها عليه، تحاص به الغرماء.

وإن كان دفع إليها نصفه، ففى كتاب ابن المواز والعتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم فى المطلقة قبل البناء، وقد كان نقدها خمسين، وبقى لها خمسون مؤخرة، وفلس الزوج، فلترد نصف النقد، وتحاص الغرماء فيما ترد بنصف المهر.

قال ابن حبيب: وهذا إذا طلقها بعد أن أفلس، فأما لو طلقها، وهو قائم الوجه،

فقد أوجب لها ما أخذت، وتستحقه قبل فلسه، فلا يؤخذ منها شيء، وأما إن طلق بعد الفلس، فجواب ابن القاسم صحيح، وهذا الذى قاله محمد فيه نظر، ويجب أن يعتبر.

ومعنى آخر وهو أن يكون نقدها قبل الطلاق أو بعد الطلاق، فإن كان نقدها قبل الطلاق على وجه استدامة النكاح، فهذا إنما سلمه إليها على أنه جزء من جميع صدقها، فإن طلقها بعد ذلك فى حال فلسه، كان ما قاله ابن القاسم من التراجع، وكذلك لو طلقها قبل الفلس، فلم ينتجز بينهما فى ذلك شيء، فلا محاصة، لأن للزوج أن يرجع عليها بنصف ما دفع إليها من المعجل، وبقى نصف المؤجل إلى أن يجيء أجله.

وأما إن تقاصا فى ذلك، ورضى الزوج بترك الرجوع عليها فى المعجل، فذلك على ما قاله ابن المواز: لا يرجع عليها بشيء، ولا ترجع هى بشيء؛ لأنه لم يدفعه إليها على أنه جزء من صداقها، ولا أنه حق لاستدامة النكاح فى المستقبل، وإنما دفعه إليها على أنه جميع ما قد استحقت عليه، فهو بمنزلة أن يكون قضاها دينًا لها عليه من معاملة لم يبق له عليها من سببها شيء، والله أعلم.

مسألة: ولو صالح الرجل زوجته بعشرة دنانير إلى شهر، فأفلست، حاص الغرماء، بها قاله مالك فى الموازية؛ لأنه دين ثابت له عليها قد استوفت ما عاوضت به عنه كما لو باعها ثوبًا قبضته.

مسألة: والمطلقة الحامل لا تضرب بنفقة الحمل مع الغرماء، وكذلك الزوجة فى العصمة لا تضرب بنفقتها مع الغرماء، رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

ووجه ذلك أنه معاوضة عن دين لم يقبض بعد أو نفقة على ولد، وذلك مما لا يحاص به الغرماء؛ لأن ديونهم قد تعلقت بذمته، واستوفى أعواضها.

وأما الزوجة تنفق على نفسها فى غيبة الزوج، فإن كان دون أن يرفع أمرها إلى السلطان، لم يحاص به الغرماء، فإن كان ذلك بعد أن رفعت إلى الإمام، فإنها تضرب به فى الفلس، وهل تضرب به فى الموت، قال ابن القاسم: اختلف فيه قول مالك، فقال مرة تحاص به فى الموت كالفلس. وقال مرة: تحاص به فى الفلس دون الموت.

واختار ابن القاسم القول الأول، ووجهه أنه ثابت لازم لذمته لمعنى ماض قد استوفاه تجب المحاصة به فى الفلس، فوجبت المحاصة له فى الموت كسائر الديون.

ووجه القول الثانى أن ما طريقه النفقات ضعيف؛ لأنها تسقط بالإعسار جملة، ولا تتعلق بذمة، ولذلك لا يحاص بها، وإن كانت قد لزمت، وثبتت أسبابها.

مسألة: وأما نفقة الولد، فقال ابن القاسم: لا يضرب بنفقتهم فى موت، ولا فلس. وقال أشهب: الولد كالزوجة.

وجه قول ابن القاسم أنها نفقة لا تجب إلا مع اليسار، فلا يحاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة.

ووجه قول أشهب أن نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم، فإذا كانت لأمر ماض فى وقت يلزم الأب النفقة، وجب أن يحاص بها كنفقة الزوجة

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب، فقد قال أصبغ: من أنفق عليهم من أم أو أجنبى بأمر سلطان، أو بغير أمره، والأب يؤمئذ ملىء، فإنه يضرب بهما فى الموت والفلس، فإن كان الأب يوم الإنفاق معسرًا، فلا شىء للمنفق.

مسألة: وأما نفقة الأبوين، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك: أن نفقة الأبوين لا يضرب بهما فى موت ولا فلس. قال أصبغ: إلا أن تكون نفقة الأبوين قدرت بحكم أو تسلف، وهو ملىء يؤمئذ، فإنها تضرب بها فى الموت والفلس.

ووجه قول مالك يحتمل أن يريد به النفقة المستقبلة، وإن كان أراد بها الماضية، فإن وجه ذلك أنها على وجه الصلة، فأشبهت الهبة التى لم تقبض.

ووجه قول أصبغ أنه حق ثبت بحكم حاكم، واستقر فى ذمته، فوجب أن يضرب به فى ماله كسائر الديون.

مسألة: والمسجون فى دين امرأته أو غيرها، ليس له أن تكون معه امرأته، ولا أن تدخل عليه؛ لأنه سجن للتضييق عليه، فإذا لم تمنع لذته لم يضيق عليه، قاله سحنون.

ولو سجن الزوجان فى حق، لم يمنعا أن يجتمعا، إذا كان السجن خاليًا، ولو كان فيه رجال ونساء، حبس الزوج مع الرجال، وحبست المرأة مع النساء.

ووجه ذلك أنهما مسجونان، فلم يقصد لكونها معه إدخال الراحة عليه، والرفق به، وإنما قصد بذلك استيفاء حق على كل واحد منهما، فإذا وجب السجن عليهما ما لم يمنعا الاجتماع؛ لأن التفريق ليس بمشروع. وقد روى عن محمد بن عبدالحكم: لا يفرق بين الأب والأبوين ولا غيرهما من القرابات فى السجن.

مسألة: ولا يمنع المحبوس فى الحقوق ممن يسلم عليه، ولا ممن يخدمه، وإن اشتد مرضه، واحتاج إلى أمة تخدمه، وتباشر منه ما لا يباشر غيرها، وتطلع على عورته، فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك.

ومن كتاب ابن سحنون: ووجه ذلك أن منعه مما تدعوه الضرورة إليه يفضى به إلى الهلاك، وإدخال المشقة العظيمة والعنت عليه، وذلك غير لازم فى حقه.

مسألة: ويمنع المسجون من الخروج إلى الجمعة والعيد، ولا يخرج لحجة الإسلام ولا غيرها، ولو أحرم بحجة فرض أو نذر أو بحجة حنث بها أو بعمرة، ثم قيم عليه بأن حبس، لم يكن له أن يحل، ويبقى على إحرامه من كتاب ابن سحنون.

وجه ذلك أن هذه من حقوق الآدميين، فليس له إسقاطها لعبادة لا يفوت وقتها، قال: ولو ثبت ذلك، عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة، وهو محرم استحسنت أو يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج، ثم يحبس بعد النفر الأول.

واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه، ومن يقرب من أقربائه، وخيف عليه الموت أن يخرج، فيسلم عليه، ويؤخذ منه كفيل بالوجه، ولا يفعل ذلك به فى غيرهم من قرابته، روى ذلك كله ابن سحنون. وهذا سائغ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان. فأما القياس والنظر، فالمنع من ذلك.

ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان، منع ذلك كله، وهو الصواب عندى، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**أيما رجل باع متاعًا، فأفلس الذى ابتاعه، ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئًا، فوجده بعينه، فهو أحق به**» حمل مالك والشافعى هذا اللفظ على وجهه، وقالا بذلك فى البائع المفلس يجد متاعه، فإنه أحق من سائر الغرماء. وقال أبو حنيفة: لا سبيل له إليه، وهو أسوة الغرماء فيه. وحديث ابن شهاب ويحيى بن سعيد فى هذا الحكم حجة عليه.

والحديث الأول حديث ابن شهاب من مراسيل أبى بكر بن عبدالرحمن بن الحارث بن هشام، وهو مما اتفق على القول بها المالكيون والحنفيون على أنه قد أسنده عبدالرزاق عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبى بكر بن عبدالرحكم بن الحارث بن هشام، عن أبى هريرة. وحديث يحيى بن سعيد، مسند، وهو نص فى موضع الخلاف.

ودليلنا من جهة المعنى أن فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته، وعدم تعلق حق الغير به، يوجب للبائع حق الفسخ، ويجعله أحق به إن شاء. أصل ذلك قبل القبض.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى هذا ثلاث مسائل، إحداها: بماذا ثبتت السلعة للبائع. والثانية: فيما تثبت فيها لصاحبها. والمسألة الثالثة: فيما تثبت فيها للغرماء.

فأما المسألة الأولى، فيما تثبت فيه السلعة للبائع، وأن يقوم له بذلك بينة، فإن لم تقم له بذلك بينة، وقال المفلس: هى له، ففى كتاب محمد: إذا كان على الحق بينة، فقال عند التفليس: هذا متاع فلان، فقيل: يكون أولى به من الغرماء.

زاد ابن القاسم فى العتبية: يحلف بائع العبد، ويكون أحق به، ولم يذكر أن تقوم بينة بأصل الحق. قال ابن المواز: إنما يكون ذلك إذا قامت بأصل الحق بينة على إقراره بذلك قبل الفلس.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: أن إقراره لهم بذلك جائز بغير بينة، ولعل هذا فى الصناع، والخلاف فيه واحد يحتمل أن يفرق بينهما بأن الدين متعلق بالذمة، فلا يتغير فى غيرها إلا ببينة، والصناع لا يتعلق ما سلم إليهم بذممهم، وإنما يضمنونه إن ضاع على وجه ما، وقيل إذا لم يعين الشهود ذلك، وإنما شهدوا على إقراره بعبد أو سلعة لم يعينها، فلا يقبل قوله فى تعيينها بعد التفليس.

وجه القول الأول أنه إذا قامت بينة بأصل الحق، وافترق بذلك إقرار المفلس له بالعين، فإنه يقوى حجة البائع لاسيما، وليس هناك من يكذب قوله، فكان القول قوله مع يمينه، والله أعلم.

ووجه القول الثانى أن البائع مدع فى تعلق حقه بعين المبيع، ولا يقبل منه ذلك إلا ببينة.

فرع: فإذا قلنا بالقول الثانى، ففى كتاب ابن المواز: يحلف الغرماء على علمهم، فإن نكلوا حلف البائع وأخذها.

ووجه ذلك أن البينة لما لزمته، وعجز عنها حلف الغرماء على ما يعلمون صدقه فيما يقول، ويكونون أحق بعين العبد، فإن نكلوا، ردت اليمين عليه، وحلف أنه العبد الذى باع منه، وكان أحق به.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الذى ثبت فيها لصاحبها أنه بالخيار بين أن يأخذ سلعته

بعينها وبين تسليمها، ويحاص الغرماء بثمنها، سـواء زادت أو نقصت، قاله فى العتبية والموازية ابن القاسم، ورواه ابن حبيب عن مالك. وقال الشافعى: ليس له إلا سلعته، ولا سبيل له إلى المحاصة بثمنها.

والدليل على ما نقوله أن السلعة قد ملكها المفلس بالشراء بثمن تعلق بذمته، فلما غابت ذمته، ودخل الثمن النقص، كان للبائع الخيار بين أن يرد البيع، ويرجع بسلعته، وبين أن ينقده، ويحاص بما ثبت له من الثمن، وليس فى الإفلاس معنى يفسخ به البيع حتى لا يكون للبائع إلا سلعته.

مسألة: وأما الذى يثبت فيه للغرماء، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: أن للغرماء أن يدفعوا إليه جميع ثمنها.

قال ابن الماجشون: ولهم أن يدفعوا إليه الثمن من أموالهم، أو من أموال المفلس.

وقال ابن كنانة: ليس للغرماء أن يفدوها بأموالهم، ولكن يفدوها بثمنها فى مال المفلس، إن كان له مال.

وقال أشهب: ليس للغرماء أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن المفلس من دينهم، وتكون لهم السلعة لهم نماؤها، وعليهم تواها، وفى هذا بابان، أحدهما: فى وجه تصير الملك إلى الفلس، فيكون المصير أحق بها. والثانى: فى الأموال التى يثبت الحكم فيها.

فأما الباب الأول، فبأى وجه صارت السلعة إلى المفلس من وجوه المعارضة، فإنه يكون من صيرها إليه أحق بها، فمن أصدق امرأته عبدًا أو سلعًا، قبضتها، ثم أفلست، وقد طلقها الزوج قبل البناء، فقد روى عن ابن القاسم: الزوج أحق بنصف ما وجد من ذلك.

ووجه ذلك أن هذا عقد معاوضة، فكان هذا حكمه حكم البيع.

مسألة: ومن وهب لثواب، فتغيرت عند الموهوب، ثم فلس، فإن الواهب أحق بها كالبيع، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وقاله ابن القاسم عن مالك، قالوا: إلا أن يعطيه الغرماء قيمتها. ووجه ذلك ما قدمناه من أنه عقد معاوضة.

مسألة: ومن اشترى من الغازين شيئا من المغنم، ثم فلس، فأهل المغنم الذين باعوه أولى بما زاد على قدر سهمه من الغرماء، رواه ابن المواز عن أصبغ إلا أنه شرط فى

ذلك شرطًا، قال: وذلك إذا كان شراؤه منهم خاصة بمقدار ما صار له ولهم دون الجيش، والحق ثابت عليه، لم يحل به بعضهم بعضًا عليه.

فأما إن حيل عليه بما زاد على حقه، فالمحال أسوة الغرماء، إذا احتال، وكذلك إذا لم يشتر من قوم بأعيانهم، إذ ليست بسلع لقوم معينين، إنما هى غنائم يبيعها السلطان للخمس والجيش، والمحيل ليس ببائع، وإنما أحيل بدين، فهو وغيره سواء.

قال ابن المواز: لا أدرى من أين قال أصبغ، وادعى أن يكون المحال يقوم مقام من أحاله، سواء يكون أحق بما زاد ثمنهم على سهمه على ما كان اشترى يوم الشراء.

مسألة: وأما من اشترى سلعة شراء فاسدًا، فأفلس البائع، ثم فسخ البيع، قال سحنون فى كتاب ابنه: المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفى ثمنها. وقال ابن المواز: لا يكون أحق بها. وقال ابن الماجشون: إن كان اشتراها بنقد، فالمبتاع أحق بثمنها حتى يستوفى حقها، وإن اشتراها بدين، فهو أسوة الغرماء. قال ابن المواز: وذلك سواء، إلا أن يجد ثمنها بعينه فهو أحق به.

وجه قول سحنون أنه لما كان قبضها قبضا يتملك به كان كالرهن بيده، فهو أحق بثمها، حتى يستوفى ماله فيها.

ووجه قول ابن المواز أن البائع إنما يكون أحق بعين سلعته التى سلم لا بما سلم إليه، فإن ذلك يكون فيه أسوة الغرماء.

مسألة: ومن اشترى سلعة، فردها بعيب، ثم أفلس البائع، فوجد المبتاع السلعة بعينها، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم: لا يكون الرد أحق به. وأشار ابن المواز إلى أنه إنما يكون أحق بما دفع فى السلعة المبيعة، إن وجده بعينه.

ووجه ذلك أن الرد بالعيب ليس بمعاوضة، وإنما هو نقض للبيع، والله أعلم.

* * *

الباب الأول فى وجه تصير الملك إلى المفلس، فيكون المصير أحق بها

وأما ما يثبت ذلك فيه من المبيعات، فذلك ثابت فى كل سلعة تعرف بعينها، وإن كانت مما لا يعرف بعينها، فإذا ثبت أنها هى سلعته بعينها، ففى المدونة من رواية ابن وهب عن مالك فيمن اشترى زيتًا، فخلطه بزيته، ثم أفلس، فإن للبائع أن يأخذ زيته؛ لأنها سلعة معينة، فكان البائع أحق بها فى فلس المبتاع؛ لأنه لم يحدث فيها عند المبتاع

غير مزجها بما هو مثلها، وذلك غير مؤثر فى إخراجها عن ملكه، ألا ترى أن خلط الرجل ملكه بملك غيره لا يخرجه عن ملكه، وبيعه يخرجه عن ملكه، ثم ثبت وتقرر أن البيع الذى ينقل، لا يمنع البائع من أخذ ملكه عند فلس المبتاع، فبأن لا يمنعه من ذلك المزج أولى وأحرى.

مسألة: وأما الدنانير والدراهم، ففى العتبية من رواية سحنون عن أشهب فى قوم اكتروا إبلاً، ودفعوا الثمن، ثم فلس الجمال، ووجدت دنانير أحدهم بيد الجمال بعينها: أشهد عليها أن دافعها لا يكون أحق بها بخلاف السلعة.

وروى ابن حبيب، عن مطرف، عن مالك، وابن عبدالحكم، عن ابن وهب، عن مالك فيمن دفع إلى صراف مائة دينار، قبضها فى كيسه، ثم أفلس مكانه: ليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون الجواب الأول مبنيًا على أن الدنانير والدراهم لا تتعين، والثانى مبنيًا على أنها تتعين كالعروض، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «**ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئًا، فوجده بعينه، فهو أحق به**» أن هذا الذى حكمه أن يرجع فى عين متاعه إن شاء ولا شىء عليه، وأما إن كان قبض من ثمنه شيئًا، فسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «**وإن مات الذى ابتاعه، فصاحب الحق فيه أسوة الغرماء**» يريد أن حكم الموت فى ذلك غير حكم الفلس؛ لأنه فى فلس المبتاع، البائع أحق بسلعته، وفى موت المبتاع البائع أسوة الغرماء، وبهذا قال مالك. وقال الشافعى: صاحب السلعة أحق بها فى الموت والفلس وهما سواء.

والدليل على ما نقوله حديث ابن شهاب عن أبى بكر بن عبدالرحمن أن رسول الله ﷺ قال: «وإن مات الذى ابتاعه فصاحب المبتاع فيه أسوة الغرماء»(*).

والشافعى يقول بمراسيل سعيد بن المسيب، وليست بأصح من مراسيل أبى بكر، على أنه قد أسنده عبدالرزاق عن مالك عن الزهرى عن أبى بكر بن عبدالرحمن عن أبى هريرة عن النبى ﷺ وعبدالرزاق ثقة.

(*) أخرجه أبو داود برقم ٣٥٢٠ جـ٣/٢٨٥ كتاب البيوع باب الرجل يفلس. وذكره بالكنز برقم ١٠٤٦٨ وعزاه لمالك وأبو داود، عن عبدالرحمن لأبى هريرة.

ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به القاضى أبو محمد من أن حظ تقديمه على غيره من الغرماء بعين ماله لإسقاط حق الغرماء وانفراده.

والفرق بين الفلس والموت أن فى الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء إليها، وينتظرون الاقتضاء منها، وفى الموت تبطل الذمة، فيكون ذلك إسقاطًا لحق باقى الغرماء عن مال قد ملكه غريمهم لا رجوع لهم منه بشىء، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا مات المبتاع قبل أن يوقف للبائع سلعته، وأما إن مات بعد ذلك، فقد روى فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى المفلس السلطان يوقف ماله، ويوقف منه سلعة لبائعها منه، ثم يموت المبتاع، فإن السلعة لبائعها إذا وقفها له السلطان، وإن مات المبتاع قبل أن توقف له، فهو أسوة الغرماء، وليس إيقاف المال إيقافًا له، وكذلك لو تعلق بها البائع وأراد أخذها فى حياة المبتاع وأبى ذلك الغرماء، فإنه يكون أحق بها.

مسألة: ومن اشترى سلعة معينة، فلم يقبضها حتى مات البائع، فالمشترى أحق بها فى الموت والفلس، وكذلك لو ابتاع منه طعامًا على الكيل، فلم يكتله حتى مات البائع، فالمبتاع أحق به، لأنه ليس فى الذمة.

قَالَ مَالِك فِي رَجُلٍ بَاعَ مِنْ رَجُلٍ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الْمُبْتَاعُ، فَإِنَّ الْبَائِعَ إِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ مَتَاعِهِ بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِى قَدْ بَاعَ بَعْضَهُ وَفَرَّقَهُ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرَمَاءِ، لا يَمْنَعُهُ مَا فَرَّقَ الْمُبْتَاعُ مِنْهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا وَجَدَ بِعَيْنِهِ، فَإِنِ اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِ الْمُبْتَاعِ شَيْئًا، فَأَحَبَّ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَقْبِضَ مَا وَجَدَ مِنْ مَتَاعِهِ وَيَكُونَ فِيمَا لَمْ يَجِدْ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ، فَذَلِكَ لَهُ(١).

الشرح: وهذا على ما قال أن من اشترى سلعًا، فباع بعضها، ثم أفلس، فإن البائع أحق بما بقى منها من سائر الغرماء، وبما يصيبه من الثمن، وذلك بمنزلة أن يبيع منه سلعتين، ثم يفلس المبتاع، فيجد البائع إحدى السلعتين، وقد فاتت الأخرى، فإنه يقبض الثمن على قيمتها، ثم يكون له أن يأخذ الباقية بما يصيبها من الثمن، ويحاص الغرماء بما يصيب الفائتة من الثمن، فإن شاء سلم التى وجد وحاص بالثمن كله.

وقال الشافعى وابن حنبل: ليس له أن يرد من الثمن شيئًا، وإنما له أخذ ما بقى من سلعته؛ لأنه لو قبض جميع الثمن لم يرده، ويأخذ السلعة فكذلك هاهنا.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٦.

والدليل على ما نقوله أن قبضه لجميع الثمن قد سلم به العقد من العيب فى أخذ العوضين، وأما إذا قبض بعض الثمن، وقد أدرك الذمة التى يتعلق بها بقيمة الثمن عيب الفلس، جاز له أن يرد ما أخذه من الثمن يتقسط على المبيع، فيدخل فيه ضرورة الشركة؛ لأنه إذا باع منه عبدًا ورجع إليه نصف العبد أو ربعه، فقد لحقه ضرورة الشركة، وذلك غير لازم له، فلذلك كان مخيرًا بين أن يرد ما قبض، ويرجع فى سلعته أو يسلمها، ويحاص بجميع الثمن الغرماء.

فصل: وقوله: «**فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئًا فأحب أن يرده، ويقبض ما وجد من متاعه، ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء، فذلك له**» وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يجد سلعته كلها، وقد قبض بعض ثمنها، فإن له أن يرد ما قبض، ويأخذ سلعته أو يسلمها، ويحاص الغرماء بما بقى له من الثمن.

والوجه الثانى أن يكون قبض بعض الثمن، ووجد بعض السلعة، فإن له أن يرد مما قبض من الثمن بقدر ما يجب من الثمن لما وجد من السلعة، ويمسك الباقى، ويرجع فيما وجد من سلعته، ويتمسك بما يصيب ما فات من السلع مما كان قبض من الثمن، ويحاص ببقيته الغرماء.

قال ابن القاسم فيمن باع ثلاثة أرؤس بمائة دينار وقيمة أحدهم نصف الثمن، والآخر ثلاثة أعشار الثمن، والآخر خمس الثمن، فإنه يفض المائة على ذلك، فإن كان قبض من الثمن ثلاثين دينارًا، فضت على الأرؤس الثلاثة، فيصيب الذى قيمته النصف خمسة عشر، ويصيب الذى قيمته ثلاثة أعشار تسعة دنانير، ويصيب الآخر ستة دنانير، فمن مات منهم حسب عليه فيه ما نقص من ثمنه، وحاص بما بقى، ومن وجد منهم رد ما وقع له، وأخذه إن شاء، إلا أن يعطيه الغرماء بقية ثمنه وحاص ما بقى.

ووجه ذلك أن ما قبضه من الثمن إنما قبضه عن جميع المبيع، فيقبض على ذلك فما أصاب منه ما فات حسب له من ثمنه، وحاص الغرماء ببقيته، وما أصاب منه ما أدرك كان عليه أن يرده ويأخذ عين ماله أو يترك ما أدرك، ويحاص بما بقى من ثمنه.

قال مالك: وَمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً مِنَ السِّلَعِ غَزْلا أَوْ مَتَاعًا أَوْ بُقْعَةً مِنَ الأَرْضِ ثُمَّ أَحْدَثَ فِي ذَلِكَ الْمُشْتَرَى عَمَلا بَنَى الْبُقْعَةَ دَارًا أَوْ نَسَجَ الْغَزْلَ ثَوْبًا ثُمَّ أَفْلَسَ الَّذِى ابْتَاعَ ذَلِكَ فَقَالَ: رَبُّ الْبُقْعَةِ أَنَا آخُذُ الْبُقْعَةَ، وَمَا فِيهَا مِنَ الْبُنْيَانِ، إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ

وَلَكِنْ تُقَوَّمُ الْبُقْعَةُ وَمَا فِيهَا مِمَّا أَصْلَحَ الْمُشْتَرِى ثُمَّ يُنْظَرُ كَمْ ثَمَنُ الْبُقْعَةِ وَكَمْ ثَمَنُ الْبُنْيَانِ مِنْ تِلْكَ الْقِيمَةِ ثُمَّ يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِي ذَلِكَ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ وَيَكُونُ لِلْغُرَمَاءِ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْبُنْيَانِ[١].

قال مالك: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ ذَلِكَ كُلِّهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَخَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَتَكُونُ قِيمَةُ الْبُقْعَةِ خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ وَقِيمَةُ الْبُنْيَانِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ الثُّلُثُ، وَيَكُونُ لِلْغُرَمَاءِ الثُّلُثَانِ[٢] .

قال مالك: وَكَذَلِكَ الْغَزْلُ وَغَيْرُهُ مِمَّا أَشْبَهَهُ إِذَا دَخَلَهُ هَذَا وَلَحِقَ الْمُشْتَرِىَ دَيْنٌ لا وَفَاءَ لَهُ عِنْدَهُ، وَهَذَا الْعَمَلُ فِيهِ[٣] .

قال مالك: فَأَمَّا مَا بِيعَ مِنَ السِّلَعِ الَّتِى لَمْ يُحْدِثْ فِيهَا الْمُبْتَاعُ شَيْئًا إِلا أَنَّ تِلْكَ السِّلْعَةَ نَفَقَتْ وَارْتَفَعَ ثَمَنُهَا، فَصَاحِبُهَا يَرْغَبُ فِيهَا وَالْغُرَمَاءُ يُرِيدُونَ إِمْسَاكَهَا، فَإِنَّ الْغُرَمَاءَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يُعْطُوا رَبَّ السِّلْعَةِ الثَّمَنَ الَّذِى بَاعَهَا بِهِ، وَلا يُنَقِّصُوهُ شَيْئًا وَبَيْنَ أَنْ يُسَلِّمُوا إِلَيْهِ سِلْعَتَهُ، وَإِنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ قَدْ نَقَصَ ثَمَنُهَا، فَالَّذِى بَاعَهَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ سِلْعَتَهُ وَلا تِبَاعَةَ لَهُ فِى شَىْءٍ مِنْ مَالِ غَرِيمِهِ، فَذَلِكَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ غَرِيمًا مِنَ الْغُرَمَاءِ يُحَاصُّ بِحَقِّهِ وَلا يَأْخُذُ سِلْعَتَهُ، فَذَلِكَ لَهُ[٤] .

الشرح: وهذا على ما قال فى هذه المسألة فى الذى يبيع البقعة والغزل، فيبنى المشترى فى البقعة، وينسج الغزل، ثم يفلس إنما ينظر إلى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيه رواه عيسى عن ابن القاسم فى المدنية، وقال: يقوم جميع البنيان جملة، ولا يقوم جدارًا

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٧/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٧/٢١.

(٣) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٣٧/٢١.

(٤) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤٠/٢١، وقال: إذا نقصت السلعة فلا خلاف فيما حكاه مالك عند من استعمل حديث التفليس جميعهم يقول بذلك، فأما إذا زادت السلعة فى سوقها لزيادة فى سعرها، أو لغير ذلك، فقد خلاف الشافعى، ومن تبعه مالك فى ذلك، وأنهم لا يرون للغرماء خيارا فى السلعة، كما ليس للمفلس خيار ووجه أقوالهم بينة يستغنى عن القول فيه.

أو خشبة خشبة، وإنما يقال: ما قيمة هذه الدار مبنية، فتعرف قيمتها، ثم يقال ما قيمة البقعة براحًا لا بناء فيها؛ فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته، وصاحب البنيان بقيمة بنيانه، ورواه عيسى عن يحيى عن ابن نافع.

وفى المبسوط شرطان، أحدهما: أن يكون العمل زيادة فى المبيع. والثانى: أن يكون العمل لا يفيته،وذلك أن يبيع جلودًا، فيدبغها المبتاع، أو ثيابًا فيصبغها أو يقصرها، فإن البائع يكون له أن يأخذ سلعته، ويشارك الغرماء بقيمتها. وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال: إن ذلك فوت، ثم رجع إلى هذا.

وجه القول الأول أن العين قد تغيرت تغيرًا لا سبيل أن تعود إلى صفتها الأولى، فكان ذلك فوتًا فيها.

ووجه القول الثانى أن العين على ما كانت عليه، وإنما زيد فيها عمل وأضيف إليها معنى كالنسج.

فرع: فإذا قلنا بالمشاركة فبما يشاركه، قال ابن القاسم: يكون الغرماء شركاء بقيمة الصبغ، وقيمة النسج فى الغزل. وقال محمد: يكونون شركاء بقدر ما زاد الصبغ. وقد قال ابن القاسم فى الصباغ يدفع الثوب إلى ربه، ثم يفلس ربه: إن الصباغ يكون شريكًا فى الثوب بما زاد فيه الصبغ.

وجه القول الأول أن المشترى قد صنع ما يجوز له، وأنفق فيه نفقة، فيجب أن يشارك بقيمتها؛ لأن الصناعة التى أحدث فيه المشترى بمنزلة ما أضيف إلى الثوب، كما لو أخطأه الصباغ بثوب.

ووجه القول الثانى أن الفلس معنى يثبت فى الخيار فى رد الثوب إلى بائعه، فوجب أن يشارك بما زادت قيمة الصبغ، والعمل كالرد بالعيب.

مسألة: ومن اشترى زبدًا، فعمله سمنًا، أو ثوبًا فقطعه قميصًا، أو خشبة فعملها بابًا أو تابوتًا أو كبشًا فذبحه، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: أن ذلك كله فوت، وليس لبائعه إلا المحاصة، بخلاف العرصة تبنى والغزل ينسج.

وروى مطرف وغيره عن مالك فى الجلود تقطع نعالاً أن ذلك فوت، وأما الثياب تقطع، فلا أدرى.

والفرق بينه وبين الغزل ينسج أن النسج عمل وصناعة معتادة تزيد فى القيمة، وأما

القطع فيعتبر، وهو مما ينقص القيمة فى الغالب، ولذلك كان فوتًا، وكذلك من اشترى قمحًا، فخلطه، ثم أفلس كان لصاحب القمح أن يأخذ قمحه، ولو خلطه بقمح ردىء مسوس مغلوث؛ لكان ذلك فوتًا يمنع البائع من أخذه، والله أعلم.

مسألة: ومن اشترى ثمر حائط فى رءوس المخل، ثم فلس المبتاع بعد أن ييس التمر، فأراد البائع أخذه بحقه، فاختلف قول مالك فيه فى العتبية، فأجازه مرة، ومنعه أخرى.

وجه القول الأول، وإليه ذهب أشهب، أنه أخذ عين ماله، وإنما تبقى الذريعة إلى بيع الرطب بالتمر، وإلزام ذلك بحكم ينفى الذريعة، وتبعد التهمة.

ووجه رواية المنع، وإليها ذهب أصبغ، إثبات حكم الذريعة، وإن حكم بها حاكم.

وهذا أصل اختلاف قول مالك واختلفت أقواله وأقوال أصحابه فى مسائل تشبه ذلك، وينبى الخلاف فى هذه المسألة أيضًا على أصل آخر، وهو اختيار البائع أخذ سلعته إذا فلس المبتاع، هل هو ابتداء بيع أو نقض للبيع الأول.

فإذا قلنا إنه ابتداء، روعى فيه من الذرائع ما يراعى فى عقود البيع، وإذا قلنا إنه نقض بيع لم يحتج إلى مراعاة ذلك، والله أعلم.

وقد اختلف أصحابنا فى عبد أبق، ثم أفلس المبتاع، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: له أن يرضى بالعبد، ولا شىء له غيره، أو يحاص الغرماء، وليس له أن يحاص بقيمته على أنه إن وجده أخذه ورد ما حاص به. وهذا مبنى على أنه نقض للبيع.

وروى ابن حبيب عن أصبغ: أنه ليس لبائع الآبق أخذه بالثمن، واختاره ابن حبيب، وهذا مبنى على أنه عقد بيع، ولا يجوز شراء الآبق.

مسألة: ومن ابتاع قمحًا، فزرعه، ثم أفلس، روى ابن المواز عن أصبغ: لا يكون البائع أحق به. فأما الذى زرعه، فبين أنه لا يكون أحق به؛ لأن تلك العين التى باعها، قد تلفت، والقمح الذى نبت عين أخرى، وليس فى الفوات أبين من هذا.

وأما منع ذلك فى الذى طحن، فمبنى على أصلين، أحدهما: أنه لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق. والثانى: ارتجاع البائع عين ماله بشراء حادث، فلذلك منعه والله أعلم، ويحتمل أن يبنيه على أن تفريق الأجزاء مانع من رجوع البائع فيه، ومفيت كقطع الثوب.

مسألة: وإذا اختلط ما ابتاعه من قمح أو زيت أو غيرهما، وعرف ذلك ببينة ثم

أفلس، فإن للمبتاع أخذه من جملة الطعام، قاله مالك. وقال الشافعى: إذا خلطه، فقد فات، ولا يكون البائع أحق به.

والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «أيما رجل أفلس، فأدرك الرجل ماله بعينه، فهو أحق به من غيره»(*) وهذا قد وجد ماله بعينه.

ومن جهة المعنى أن هذا بائع مدرك لعين ماله فى فلس غريمه، فكان أحق به من غيره كما لو يخلطه بسواه.

مسألة: ولو اشترى طعامًا من جماعة، فخلطه، ثم أفلس كانوا أحق به من سائر غرمائه، قاله أشهب فى العتبية، ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك.

وكذلك الدنانير يدفعها الرجل إلى الصراف، يخلطها بكيسه، ثم يفلس مكانه، والبز يشتريه فيرفؤه، ويخلطه ببز غيره، فليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله، قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأشهب وابن عبدالحكم وأصبغ.

ووجه ذلك أن خلطه بمال، لا يمنع البائع من أن يكون أحق به، فبأن لا يمنع ذلك خلطه بمال بائع أحرى وأولى.

مسألة: وأما إن خلطه بغير جنسه، فلا يخلو أن يفسده ذلك، أو لا يفسده؛ فإن كان ذلك مفسدًا له، فقد قال أصبغ فيمن خلط ما اشترى بغير جنسه، مثل أن يخلط زيت الفجل بزيت الزيتون أو القمح بالمغلوث جدًا أو المسوس، حتى يفسد فإن ذلك يفيته.

وأما إن خلطه بغير جنسه على وجه لا يفسده، بل على المعتاد من استعماله له، مثل أن يشترى من رجل عسلاً ومن آخر حريرة يلثها بالعسل، ثم يفلس، فقد قال محمد: إنهما أحق بذلك من سائر الغرماء، يتحاصان فى ثمنها بقيمة، هذا من قيمة هذا. قال ابن القاسم: ثم وقف عنها محمد، والله أعلم.

وَقَالَ مَالِك فِيمَن اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ دَابَّةً، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِى، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ أَوِ الدَّابَّةَ وَوَلَدَهَا لِلْبَائِعِ إِلا أَنْ يَرْغَبَ الْغُرَمَاءُ فِي ذَلِكَ، فَيُعْطُونَهُ حَقَّهُ كَامِلا وَيُمْسِكُونَ ذَلِكَ[1].

(*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٣٥٦.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٤١/٢٠.

الشرح: وهذا على ما قال فيمن اشترى جارية، فولدت عنده، ثم أفلس، فإن للبائع أخذها وولدها؛ لأنه نماء من جنس العين كالسمن، والنماء الحادث في العين على ضربين، نماء من جنس العين كالوعد، ونماء من غير جنسه كثمر الشجر، وصوف الغنم، ولبن الأنعم، وغلة الدور، والعبيد.

فأما الضرب الأول، فإن حدث الولد عند المشترى، ثم أفلس، فإن للبائع أخذه مع أمه، على ما ذكر، أو تركها مع ولدها، ومحاصة الغرماء بجميع الثمن.

فإن لم يجد، فلا يخلو أن يكون المشترى باع ذلك أو لم يبعه، فإن كان باع الأولاد، ووجد الأم، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: له أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يسلمها، ويحاص الغرماء.

وذكره عيسى عن ابن القاسم فى العتبية، قال: ولا شيء له فى الولد. وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك: أنه يقسم الثمن على الأم والولد، فيأخذ الأم بحصتها من الثمن، ويحاص بما أصاب الأولاد من الثمن.

وجه الرواية الأولى أن الولد لم يتناوله البيع، وإنما كان نماء حدث، فإن لم يجده، فلا شيء له منه كالثمرة واللبن والغلة.

ووجه الرواية الثانية أنه نماء من جنس العين، فكان للبائع أخذه وأخذ ثمنه، إن كان باعه، ولا يجوز اعتباره بالغلة؛ لأن الغلة من غير الجنس، ولأنه لو وجد الولد وحده، لكان له أخذه والمحاصة بقيمة الأم من الثمن، ولو وجد النماء من غير الجنس، لم يكن له ذلك فيه.

مسألة: وأما إن لم يبع المشترى الولد، ولكنه تلف، فإن كان تلف على وجه لا عوض فيه كالموت والإباق، فقد قال مالك فى العتبية والموازية: لو ماتت الأم، بقى الولد، أو مات الولد، وبقيت الأم، فليس له أخذ الباقى منهما إلا بجميع الثمن أو الترك، والمحاصة بجميع الثمن أو إسلامه.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن باع أمه، فعميت أو اعورت بغير جناية، ثم أفلس، فإما أخذها البائع بجميع الثمن أو أسلمها. قال مالك: وكذلك الثوب يخلق أو يدخله فساد كالأمة.

فرع: وأما إن تلف على وجه فيه العوض، مثل أن يجنى عليه جان، فإن أخذ له عقلاً، فهو مثل بيعه، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

وإن لم يأخذ له عقلاً، فهو مثل الموت، ولو كان المشترى هو الجانى عليه، فلم أر فيه نصًا، وهذا كله إذا حدث الولد عند المشترى. فأما لو بيعا جميعًا، فهو بمنزلة سلعتين بيعا فى صفقة واحدة فى وجود من وجد منهما، رواه ابن وهب عن مالك.

فصل: وأما ما كان من النماء من غير جنس المبيع، فلا يخلو أن يكون موجودًا حين البيع أو حدث بعد ذلك، فما كان منه موجودًا حين البيع على صفة نبينها بعد هذا إن شاء الله تعالى، مثل الصوف على ظهور الغنم، قال أصبغ: قد حان جزازه، فجزه المبتاع، ثم أفلس، فإن كان موجودًا، وكان على ظهور الغنم، لم يجزه، فهو للبائع مع الرقاب عند ابن القاسم.

ولو جزه المبتاع، ولم يفت، ففى كتاب ابن حبيب عن أصبغ: للبائع أخذه مع الغنم. وقد روى محمد عن ابن القاسم: وإن كان قد مات، ثم فلس، قال أصبغ: لا يكون للبائع إلا قيمته بقسط الثمن على الصوف، ورقاب الغنم يحاص الغرماء بما للصوف من الثمن، فكان له أن يأخذ الغنم بباقى الثمن أو يسلمها، رواه ابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه يصح إفراده بالبيع، فكان له حصة من الثمن كالسلعتين.

مسألة: وأما الثمرة تباع مع الأصل، ففى كتاب محمد وكتاب ابن حبيب: قد أبرت، فيقضى له بحصتها، وأما ما قبل ذلك، فحكمها حكم المبيع؛ لأنه لا يجوز إفرادها بالبيع، ولا حصة لها من الثمن، وإنما راعى ابن حبيب الأبار؛ لأنها حينئذ لا تتبع النخل إلا بالشرط، فكان لها على هذا حصة من الثمن، وإن فلس المبتاع قبل أن يجد، فهو أحق بالأصل والثمرة، ما لم يفارق الأصل، وقيل ما لم تيبس. وروى القولان عن مالك. قال ابن القاسم: القول الأول هو القياس، والثانى: هو الاستحسان وهو أحب إلىّ.

ووجه الأول ما قدمناه. قال مالك: ما دامت الثمرة فى رءوس النخل، لم تجد، ولم تبع، فهى كالولد، وهذا على القول الأول جعلها ما دامت متصلة بالأصل كالنماء الحادث فيه من جنسه.

وأما إن كانت قد جدت، فقد قال محمد: للبائع قيمة ذلك عند ابن القاسم، ويحتمل أن يكون هذا على ما قدمناه من أن لارتجاع المبيع حكم العقد، وهذا ثمر قد انفصل من أصله، فوجب عوضًا عن ثمرة مزهية، فلم يجد ذلك، فرجع فيه إلى القيمة.

مسألة: وإن لم يكن فى الشجر عند البيع ثمر، ولا على ظهور الغنم صوف، ثم استغلها المشترى مدة أعوام، ثم أفلس، فإن البائع يأخذ الأصول، ولا شيء له من الغلة، وإن كانت الثمرة باقية فى الشجر والصوف باق على الغنم، ففى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم: إن كان فى النخل يوم التفليس ثمر قد طابت، فهى للغرماء، وكذلك ما حل من غلة دار. وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: أن للبائع أخذها بثمرها ما دامت فى النخل.

وجه القول الأول أنه قد جاز إفرادها، فكان لها حكمها كالتى جدت. ووجه القول الثانى أنها ما دامت متصلة بملك البائع وغير مفارقة له، فإنها لم تزل عن ملكه، فكان له استرجاعها فى الفلس كنماء الأغصان ما لم يطب من الثمر وصوف الغنم.

فرع: وأما الصوف على ظهور الغنم يكون قد تم عند المفلس، ففى العتبية أنه للبائع. والفرق بينه وبين الثمرة على قول ابن القاسم: أنه للغرماء، ما احتج به من أن الصوف يكون للمشترى بمطلق العقد فى بيع الغنم، والثمرة المأبورة، فلا يكون له بمطلق العقد، والله أعلم.

* * *

ما يجوز من السلف

١٣٥٧ - مَالِك، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ أَبِى رَافِعٍ مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: اسْتَسْلَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَكْرًا[١] فَجَاءَتْهُ إِبِلٌ مِنَ الصَّدَقَةِ، قَالَ أَبُو رَافِعٍ: فَأَمَرَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَقْضِىَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ، فَقُلْتُ: لَمْ أَجِدْ فِى الإِبِلِ إلا جَمَلا خِيَارًا[٢] رَبَاعِيًا[٣] فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَعْطِهِ إِيَّاهُ، فَإِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً».

١٣٥٧ - أخرجه مسلم فى المساقاة ١٦٠٠. والترمذى فى البيوع ١٣١٨. والنسائى فى البيوع ٤٦١٥. وأبو داود فى البيوع ٣٣٤٦. وابن ماجه فى التجارات ٢٢٨٥. وأحمد فى مسند القبائل ٢٦٦٤٠. والدارمى فى البيوع ٢٥٦٥. والبيهقى برقم ٣٥٣/٥. والطبرانى فى الكبير ٢٨٨/١، عن أبى رافع. والبغوى فى شرح السنة ١٩١/٨، عن أبى رافع. وذكره فى الكنز ١٥٤٥٥ وعزاه لمسلم وأبى داود والترمذى، عن أبى رافع.

(١) هو الصغير من الأبل كالغلام من الآدميين.

(٢) والخيار: المختار الجيد، قال صاحب العين: ناقة خيار، وجمل خيار، والجمع خيار أيضًا.

(٣) رباعيا: هو الذى استكمل ست سنين ودخل فى السابعة.

الشرح: قوله: «استسلف رسول الله ﷺ بكرًا»[٤] يدل على جواز ثبوت الحيوان

---

(٤) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٧٤/٨: معلوم أن استسلاف رسول الله ﷺ الجمل البكر المذكور فى هذا الحديث، لم يكن لنفسه؛ لأنه قضاه من إبل الصدقة، ومعلوم أن الصدقة محرمة عليه لا يحل له أكلها ولا الانتفاع بها، وقد مضى بيان هذا فى ربيعة، ولهذا علمنا أنه لم يكن ليؤدى عن نفسه من مال المساكين، وإذا صح هذا، علمنا أنه إنما استسلف الجمل للمساكين، واستقرضه عليهم، لما رأى من الحاجة، ثم رده من إبل الصدقة كما يستقرض ولى اليتيم عليه نظرًا له، ثم يرده من ماله إذا طرأ له مال، وهذا كله لا ينازع فيه، والحمد لله. وقد اختلف العلماء فى حال المستقرض منه الجمل المذكور فى هذا الحديث، فقال منهم قائلون: لم يكن المستقرض منه ممن تجب عليه صدقة ولا يلزمه زكاة؛ لأنه قد رد عليه رسول الله صدقته، ولم يحتسب له بها وقت أخذ الصدقات، وخروج السعاة وقتا واحدًا يستوى الناس فيه، فلما لم يحتسب له بما أخذ منه صدقة علم أنه لم يكن ممن تلزمه صدقة فى ماشيته لقصور نصابها، عن ذلك، والله أعلم. هذا قول من لم يجز تعجيل الزكاة قبل محلها.

وقال آخرون: جائز أن يكون المستقرض منه فى حين رد ما استقرض منه إليه، ممن لا تجب عليه الصدقة، لجائحة لحقته فى إبله وماله قبل تمام الحول، فوجب رد ما أخذ منه إليه، ومثال ذلك الاستسلاف فى هذا الموضع، عند هؤلاء أن يقول الإمام للرجل: أقرضنى على زكاتك لأهلها، فإن وجبت عليك زكاة بتمام ملكك للنصاب حولا فذاك، وإلا فهو دين لك أرده عليك من الصدقة. وهذا كله على مذهب من أجاز تعجيل الزكاة قبل وقت وجوبها.

وقد اختلف الفقهاء فى تعجيل الزكوات قبل حلول الحول فأجاز ذلك أكثر أهل العلم، وممن ذهب إلى إجازة تعجيل الزكاة قبل الحلول، سفيان الثورى، والأوزاعى، والشافعى، وأحمد بن حنبل، وأبو ثور، وإسحاق بن راهويه، وأبو عبيد.

وروى ذلك، عن سعيد بن جبير، وإبراهيم النخعى، وابن شهاب، والحكم بن عتيبة، وابن أبى ليلى.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: يجوز تعجيل الزكاة لما فى يده ولما يستفيده فى الحول وبعده بسنين. وقال زفر: التعجيل عما فى يده جائز، ولا يجوز عما يستفيده. وقال ابن شبرمة: يجوز تعجيل الزكاة لسنين.

وقال مالك: لا يجوز تعجيلها قبل الحلول إلا بيسير. وقالت طائفة: لا يجوز تعجيلها قبل محلها بيسير، ولا كثير، ومن عجلها قبل محلها لم يجزئه، وكان عليه إعادتها كالصلاة.

وروى ذلك، عن الحسن البصرى، وهو قول بعض أصحاب داود، وروى خالد بن خداش، وأشهب، عن مالك مثل ذلك.

قال أبو عمر: من لم يجز تعجيلها قاسها على الصلاة، وعلى سائر ما يجب مؤقتا؛ لأنه لا يجزئ من فعله قبل وقته، ومن أجاز تعجيلها، قاس ذلك على الديون الواجبة لآجال محدودة، أنه جائز تعجيلها، وفرق بين الصلاة والزكاة، بأن الصلاة يستوى الناس كلهم فى وقتها، وليس كذلك=

فى الذمة، وإنما يضبط بالصفة، ولولا ذلك لما جاز ثبوته فى الذمة عوضًا عما يستقرضه المستقرض؛ لأنه لا خلاف أن عليه رد مثل ما استقرض، ووافقنا على ذلك أبو حنيفة، ومنع منه فى السلم، وقد تقدم الكلام فيه.

مسألة: والقرض يجوز أن يكون موجلاً وغير مؤجل، فإن كان مؤجلاً، لم يكن للمقرض أن يطلبه قبل الأجل، وللمستقرض أن يدفعه متى شاء قبل الأجل، إذا كان عينًا؛ لأنه إنما اقرضه لمجرد منفعة المستقرض، ولا يكون ذلك منفعة للمقرض، ولو كان له أن يبقيه فى ذمة المستقرض إلى الأجل؛ لكان فى ذلك وجه منفعة يمنع صحة القرض، وإن كان قد أقرضه عرضًا.

فصل: وقوله: «**فجاءته إبل من الصدقة قال أبو رافع: فأمرنى رسول الله ﷺ أن أقضى الرجل بكره**» لا يخلو أن يكون النبى ﷺ يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل الصدقة؛ فإن كان اقترضه لنفسه، فإنه لا تحل له الصدقة.

=أوقات الزكاة لاختلاف أحوال الناس فيها، فأشبهت الديون إذا عجلت، وقد استدل الشافعى على جواز تعجيل الزكاة بهذا الحديث، وفى قضاء رسول الله ﷺ المستسلف منه البكر جملاً جيدًا دليل على أنه لم يكن ممن عليه صدقة؛ لأنه لم يحتسب له بذلك قضاه وبرئ إليه منه، ولا حجة للشافعى فيما استدل به من هذا الحديث فى جواز تعجيل الزكاة.

وقد احتج بعض من نصر مذهبه على ما ذكرناه بأن قال جائز أن يكون الذى استقرض منه البكر ممن تحل له الصدقة فأعطاه النبى ﷺ غير بعيره بمقدار حاجته وجمع فى ذلك وضع الصدقة فى موضعها، وحسن القضاء، قال: وجائز أن يستلف الإمام للفقراء، ويقضى من سهمهم أكثر مما أخذ لما يراه من النظر، والصلاح إذا كان ذلك من غير شرط، ولا منفعة تعجيل.

ثم نعود إلى القول فى معنى الاستلاف المذكور فى هذا الحديث فنقول: إن قال قائل: لا يجوز أن يكون الاستقراض المذكور على المساكين؛ لأنه لو كان قرضا على المساكين لما أعطى رسول الله ﷺ من أموالهم أكثر مما استقرض لهم، قيل له: لما بطل أن يستقرض رسول الله ﷺ على الصدقة، لغنى وأن لا يستقرضها لنفسه لم يبق، إلا أنه استقرضها لأهلها، وهم الفقراء، ومن ذكر معهم، وكان فى هذا الحديث دليل على أنه جائز للإمام إذا استقرض للمساكين أن يرد من مالهم أكثر مما أخذ، على وجه النظر والصلاح، إذا كان من غير شرط، ووجه النظر فى ذلك والمصلحة معلوم فإن منفعة تعجيل ما أخذه لشدة حاجة الفقير إليه أضعاف ما يلحقهم فى رد الأفضل؛ لأن ميل الناس إلى العاجل من أمر الدنيا، فكيف نعطيه أكثر مما أخذ منه والصدقة لا تحل لغنى؟ فالجواب عن هذا أنه جائز ممكن أن يكون المستقرض منه قد ذهبت إبله بنوع من جوائح الدنيا، وكان فى وقت صرف ما أخذ منه إليه فقيرًا تحل له الزكاة فأعطاه النبى ﷺ خيرًا من بعيره بمقدار حاجته، وجمع فى ذلك وضع الصدقة فى موضعها، وحسن القضاء، وجائز أن يكون غارمًا وغازيًا ممن تحل له الصدقة مع القضاء، ووضع الصدقة موضعها، والله أعلم.

وقول أبى رافع له؛ لما جاءته إبل من الصدقة، أمره رسول الله ﷺ أن يقضى الرجل بكره، يحتمل وجوها، أحدها: أن ما أمره أن يقضى منه الرجل كان من إبل الصدقة، قد بلغ محله، ثم صار إلى النبى ﷺ بابتياع أو غيره.

وإن كان أقرضه لأحد من أهل الصدقة، جاز أن يقضيه منها كما يستقرض والى اليتيم على ماله غير أنه لا يجوز أن يعطى من أموال المساكين ما هو أفضل مما أخذ لهم، إلا أن يكون المقرض من أهل الصدقة، فيكون فضل الشيء صدقة عليه.

وليس فى الحديث ما يدل على إخراج الزكاة قبل حلولها على قولنا إنه استقرض للمساكين، وإنما فيه ما يدل على أنه استقرض للمساكين من رجل لا تجب عليه صدقة، أو تجب عليه الصدقة، فيقضيه فرضه كما فعل ﷺ، ويقبض منه ما وجب عليه من الزكاة. فلو كان من باب تعجيل الزكاة قبل الحلول لتعجلها، ولم يحتج أن يقرض، ولو شاء لعجلها اقتراضًا لما احتاج أن يقضيه عند الأجل.

ولو تعلق متعلق بأن هذا الحديث يدل على المنع من ذلك لما ذكرناه ما أبعد، والله أعلم، ويحتمل أن يكون النبى ﷺ إنما يكون له هذا البكر الذى قضاه من إبل الصدقة، إما بعد أن بلغ محله، وصار لعامل عليها أو غيره من الغارمين أو الفقراء أو أبناء السبيل ممن احتاج إلى بيعه.

وقد روى أبو سلمة عن أبى هريرة «أن رجلاً تقاضى رسول الله ﷺ، فأغلظ له، فهم أصحابه به، فقال: دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً واشتروا له بعيرًا، فأعطوه، فقالوا: لا نجد إلا أفضل من سنه، قال: اشتروه، فأعطوه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء».

ولا يبعد أن يكون ذلك كله فى قضية واحدة، فحفظ أبو رافع أن أصله من إبل الصدقة، وحفظ بعض الرواة عن أبى هريرة الشراء.

١٣٥٨ – مَالِك عَنْ حُمَيْدِ بْنِ قَيْسٍ الْمَكِّيِّ، عَنْ مُجَاهِدٍ أَنَّهُ قَالَ: اسْتَسْلَفَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ مِنْ رَجُلٍ دَرَاهِمَ ثُمَّ قَضَاهُ دَرَاهِمَ خَيْرًا مِنْهَا، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ هَذِهِ خَيْرٌ مِنْ دَرَاهِمِي الَّتِى أَسْلَفْتُكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: قَدْ عَلِمْتُ، وَلَكِنْ نَفْسِى بِذَلِكَ طَيِّبَةٌ.

١٣٥٨ – أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٣٥١/٥. عبد الرزاق فى المصنف ١٤٦/٨. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٧.

قال مالك: لا بَأْسَ بِأَنْ يُقْبَضَ مَنْ أُسْلِفَ شَيْئًا مِنَ الذَّهَبِ أَوِ الْوَرِقِ أَوِ الطَّعَامِ أَوِ الْحَيَوَانِ مِمَّنْ أَسْلَفَهُ ذَلِكَ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفَهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَلَى شَرْطٍ مِنْهُمَا أَوْ عَادَةٍ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى شَرْطٍ أَوْ وَأْيٍ أَوْ عَادَةٍ، فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وَلا خَيْرَ فِيهِ: قَالَ: وَذَلِكَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى جَمَلاً رَبَاعِيًا خِيَارًا مَكَانَ بَكْرٍ اسْتَسْلَفَهُ، وَأَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ اسْتَسْلَفَ دَرَاهِمَ فَقَضَى خَيْرًا مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى طِيبِ نَفْسٍ مِنَ الْمُسْتَسْلِفِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَلَى شَرْطٍ وَلا وَأْيٍ وَلا عَادَةٍ، كَانَ ذَلِكَ حَلالاً لا بَأْسَ بِهِ(١).

الشرح: قضى عبدالله بن عمر رضى الله عنه من أسلفه الدراهم خيرًا منها، الظاهر أنها أفضل فى الصفة على وجه المعروف، ولقول النبى ﷺ: «فإن خيركم أحسنكم قضاء» وهذا لا خلاف فى جوازه، سواء كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة، وهذا ما لم يكن فى مقابلة تلك الفضيلة نقص من وجه آخر، مثل أن يسلفه عشرة دنانير رديئة الذهب، فيقضيه ثمانية جيدة الذهب، أو يكون عنده عشر دنانير مسكوكة رديئة الذهب، فيقضيه عشرة دنانير من التبر الجيد، فهذا لا يجوز؛ لأنه من باب المعاوضة، فيؤدى إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل لما كان من جنسين.

مسألة: وإن كانت الفضيلة فى القدر، فلا يخلو أن يكون إقراضه وزنًا أو عددًا، فإن كان إقراضه وزنًا فلا اعتبار بالعدد، ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن، إلا أن يكون اليسير.

مسألة: فإن أقرضه عددًا، جاز له أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزنًا، مثل أن يقرضه مائة درهم إنصافًا، فيقضيه مائة وازنة؛ لأن الفضيلة حينئذ تكون فى الجنس، ولا يجوز أن يزيده فى العدد، إلا الزيادة اليسيرة على ما تقدم، ولو قضاه أقل عددًا، أو أكثر وزنًا أو أكثر عددًا أو أقل وزنًا، لم يجز لما قدمناه.

فصل: وقوله: «لا بأس أن يقبض من الرجل أفضل مما سلفه إذا لم يكن على شرط

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٤٩، وقال: لا أعلم خلافا فيمن اشترط للزيادة فى السلف أنه ربا حرام، لا يحل أكله، وأما العادة، فيكره ذلك عند الشافعى، والكوفيين، ولا يرون ذلك حراما، لأنه معروف، إذا وقع، ولا تعلم صحته ما لم يقع، لأن العادة تقطع دونها وأن اختلاف الأموال، ومن حكم بذلك استعمل الظن، وحكم بغير اليقين، فالأحكام إنما هى على الحقائق، لا على الظنون، ومن تورع عن ذلك نال فضلاً، والله أعلم.

ولا عادة» يريد أنه إنما يجوز أن تكون نفسه طيبة بذلك أن يفعله ابتداء من غير أن يشرط عليه، أو يجرى من ذلك على عادة يكون القرض من أجلها، ولذلك قال الرجل لعبدالله بن عمر: «**هذه خير من دراهمى**» إنكارًا لذلك، ولو كان ذلك على سبيل الشرط أو لعادة يرجوها؛ لما أنكر أن يدفع إليه أفضل من دراهمه.

فأما الشرط، فلا خلاف فى منعه. وأما العادة، فقد منع من ذلك مالك أيضًا. وأما أبو حنيفة والشافعى، فيكرهانه، ولا يرانه حرامًا.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن العادة معنى يتعلق به القصد، فوجب أن يمنع زيادته كالشرط، ولأن المقترض إذا أقرض لهذا الرجاء الذى اعتاده، فقد دخل عمله الفساد والتحريم، لأنه لم يقصد بما أقرضه المعروف الذى هو من مقتضى القرض، ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز فى الزيادة، وقال: «**إن نفسى بذلك طيبة**» وإن الزيادة التى زادها لا تعلق لها بشرط ولا عادة، وأنها مختصة بطيب نفسه ورضاه بإسداء المعروف إلى من أقرضه، والله أعلم.

* * *

مَا لا يَجُوزُ مِنَ السَّلَفِ

١٣٥٩ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلا طَعَامًا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ، فَكَرِهَ ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَقَالَ: فَأَيْنَ الْحَمْلُ، يَعْنِي حُمْلانَهُ.

الشرح: قوله رضى الله عنه فى الذى أسلف طعامًا على أن يعطيه إياه ببلد آخر: «**فأين الحمل**» تبيين لوجه المنع، ومقتضى التحريم؛ لأنه إذا شرط عليه زيادة فى قرضه، وذلك متفق على فساده لاسيما فى ما له حمل كالطعام وسائر المتاع، ولو لم يكن بينهما شرط، فلقيه ببلد غير بلد القرض، جاز أن يتفقا على القضاء حيث التقيا، رواه عبدالحكم عن مالك، وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط، وقد تقدم أن ذلك جائز.

مسألة: وأما البيع، فلا بأس أن يشترط عليه قضاء فى غير بلد التبايع؛ لأنه لا يمنع من الازدياد فيه، فإن لقيه بعد الأجل فى غير ذلك البلد، واتفقا على القضاء فيه، جاز ذلك إذا أخذ مثل الذى لا يجوز ذلك قبل الأجل، قاله مالك.

١٣٥٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٨.

ووجه ذلك أنه يدخله قبل الأجل: حط عنى الضمان وأزيدك، أو: ضع وتعجل.

مسألة: فإن كان القرض فى دراهم مثل الصفائح التى يدفعها رجل لآخر على وجه السلف ليقضيه إياها ببلد آخر، فالمشهور من مذهب مالك المنع، وروى أبو الفرج الجواز.

مسألة: وأما فى البيع، فيجوز أن يشترط عليه القضاء ببلد آخر، ولا يخلو أن يضرب لذلك أجلاً، أو يضرب أجلاً، فإن ضرب لذلك أجلاً، جاز وحيثما لقيه عند انقضاء الأجل، كان له أن يأخذه بماله عليه، ولم يكن لمن عليه الدين الامتناع من القضاء لما شرط من البلد.

ووجه ذلك أن الدنانير والدراهم هى مما يقوم بها، ولا تقوم بغيرها، وإذا لم يكن لها قيمة لم تختلف باختلاف البلدان، وإنما تختلف باختلاف الوزن والجنس، وقد لزم منه ما لا يغير، وأما سائر المبيعات، فتختلف قيمتها باختلاف البلاد، فلم يكن على من عليه الدين منهما أن يقضى بغير ذلك البلد.

وقوله: «**فأين الحمل**» يريد أنه قد ازداد عليه بالقرض الحمل إذا شرط ذلك عليه، وقد روى عنه أنه قال: فأين الحمل.

وروى ابن مزين عن مالك أنه قال: أراد به الضمان والحمل، يريد والله أعلم والضمان فى مدته مع ما فى ذلك من الغرر، ولم يمنع الضمان فى مدة الاقتراض من صحة القرض؛ لأن ذلك مقتضى الانتفاع بما اقترضه المقترض، وأما ضمانه فى مدة الحمل من بلد إلى بلد، فأمر ثابت بالشرط، وزيادة لها قدر، والله أعلم

١٣٦٠ – مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَجُلا أَتَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، فَقَالَ: يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ إِنِّى أَسْلَفْتُ رَجُلا سَلَفًا، وَاشْتَرَطْتُ عَلَيْهِ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفْتُهُ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: فَذَلِكَ الرِّبَا، قَالَ: فَكَيْفَ تَأْمُرُنِى يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ: السَّلَفُ عَلَى ثَلاثَةِ وُجُوهٍ، سَلَفٌ تُسْلِفُهُ، تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ، فَلَكَ وَجْهُ اللَّهِ، وَسَلَفٌ تُسْلِفُهُ تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ صَاحِبِكَ، فَلَكَ وَجْهُ صَاحِبِكَ، وَسَلَفٌ تُسْلِفُهُ لِتَأْخُذَ خَبِيثًا بِطَيِّبٍ، فَذَلِكَ الرِّبَا. قَالَ: فَكَيْفَ تَأْمُرُنِى يَا أَبَا عَبْدِ الرَّحْمَنِ، قَالَ: أَرَى أَنْ تَشُقَّ الصَّحِيفَةَ، فَإِنْ أَعْطَاكَ مِثْلَ الَّذِى أَسْلَفْتَهُ قَبِلْتَهُ، وَإِنْ أَعْطَاكَ دُونَ الَّذِى أَسْلَفْتَهُ

١٣٦٠ – ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٤٩.

فَأَخَذْتَهُ أُجِرْتَ، وَإِنْ أَعْطَاكَ أَفْضَلَ مِمَّا أَسْلَفْتَهُ طَيِّبَةً بِهِ نَفْسُهُ، فَذَلِكَ شُكْرٌ، شَكَرَهُ لَكَ، وَلَكَ أَجْرُ مَا أَنْظَرْتَهُ.

١٣٦١ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفًا فَلا يَشْتَرِطْ إِلا قَضَاءَهُ.

١٣٦٢ - مَالِك أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ مَسْعُودٍ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَسْلَفَ سَلَفًا، فَلا يَشْتَرِطْ أَفْضَلَ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ قَبْضَةً مِنْ عَلَفٍ، فَهُوَ رِبًا.

الشرح: قول الرجل: «**إني أسلفت سلفًا، واشترطت عليه أفضل مما أسلفته**» ومجاوبة ابن عمر له على هذا قبل أن يستفسر وجه الفضيلة بأنه ربا، دليل على أن سائر أنواع الفضيلة من الزيادة فى الوزن أو الجودة أو على أى وجه كانت الفضيلة تمنع صحة القرض.

فصل: وقوله: «**فما تأمرني يا أبا عبدالرحمن**» طلبًا للخروج مما وقع فيه، واسترشادا لما يتخلص به من الربا الذى قد تورط فيه بغير علم، فقال له ابن عمر: «**السلف على ثلاثة أوجه سلف تريد وجه الله، فلك وجه الله**» يريد لك ما لمن أراد وجه الله من الثواب. «**وسلف تريد به وجه صاحبك**» يريد أنك تقصد به استرضاءه وتطييب نفسه «**فلك وجه صاحبك**» يريد والله أعلم، أن لك رضاءه وطيب نفسه، وهذا أن الوجهان ليس فيهما ازدياد.

والثالث: «**أن تسلف أخاك لتأخذ خبيثًا بطيب**» يريد ما سأله عنه هذا السائل من شرط الزيادة، فيأخذ ما يحرم عليه، وهذا الخبيث عوضًا عن الطيب، وهو الحلال الذى أعطاه؛ لأنه كان طيبًا قبل أن يقرضه على وجه الربا، فجاوبه ابن عمر بتبيين وجه تحريم ما أخبره عن تحريمه، وفصل له وجوه السلف، ليكشف له عن معانيها، وبين له طيبها من خبيثها.

فصل: ثم قال: «**أرى أن تشق الصحيفة**» يريد أن يبطل الشرط الذى ثبت فى الصحيفة، ولا يعتقد الطلب له، بل يعتقد إسقاط الشرط جملة، وهكذا من أسلف رجلاً وشرط عليه زيادة، وكان قرضه مؤجلاً كان له أن يبطل القرض جملة؛ لتعذر

١٣٦١ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٥٠.

١٣٦٢ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٥١.

استيفائه للشرط الذى شرطه، ويعجل قبض ماله، والأفضل له أن يسقط الشرط، ويبقيه على أجله دون شرط، وإن كان غير مؤجل، كان له أن يأخذ ماله، ويبطل شرطه.

فصل: وقوله: «**فإن أعطاك مثل الذى أسلفته قبلته، وهو الذى يلزمه، وليس لك غيره، وإن أعطاك دون الذى أعطيته، فأخذته أجرت**» ندب إلى الخير والتناهى فى الرجوع عن الشرط، وذلك إن شاء أن لا يأخذ أدون من الذى أعطى كان له ذلك، ولكنه إن سامح وتجاوز، وأخذ أدون مما أعطى، فذلك أعظم لأجره؛ لأنه يضيف إلى أجر القرض أجر التجاوز.

فصل: «**فإن أعطاك أفضل مما أعطيته طيبة به نفسه**» يريد أن لا يعطيك من أجل شرطك، وذلك يقتضى أنه يلزمه أن لا يطلبه بذلك الشرط، وأنه قد أبطله وتركه، وإن زاده بعد ذلك، فإنه يزيده شكرًا له، لا يبطل بذلك أجر ما أنظره.

فصل: وقول ابن عمر: «**فلا تشترط إلا قضاءه**» يريد أن لا يشترط زيادة ولا منفعة، ولا شيئًا إلا قضاء مثل ما أعطى. قال ابن مسعود: لا يشترط أفضل منه، يريد زيادة عليه، ولو كان قبضة من علف، يريد قليل ذلك وكثيره، ثم أعلم أن شرط زيادة، وإن كانت يسيرة، فإنها ربا، ولا خلاف أن الزيادة ربا، ولكن إنما أراد به أنها من جملة الربا المنهى عنه؛ لأن هذا اللفظ إذا أطلق فى الشرع، فظاهره الزيادة الممنوعة، ولذلك قال الله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والبيع لا يخلو من الزيادة فى الأغلب، ولكن لفظ الربا يختص بالممنوع.

قال مالك: الأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنِ اسْتَسْلَفَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِصِفَةٍ وَتَحْلِيَةٍ مَعْلُومَةٍ، فَإِنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مِثْلَهُ إلا مَا كَانَ مِنَ الْوَلائِدِ، فَإِنَّهُ يُخَافُ فِي ذَلِكَ الذَّرِيعَةُ إِلَى إِحْلالِ مَا لا يَحِلُّ، فَلا يَصْلُحُ، وَتَفْسِيرُ مَا كُرِهَ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَسْتَسْلِفَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ، فَيُصِيبُهَا مَا بَدَا لَهُ ثُمَّ يَرُدُّهَا إِلَى صَاحِبِهَا بِعَيْنِهَا، فَذَلِكَ لا يَصْلُحُ، وَلا يَحِلُّ، وَلَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْهُ، وَلا يُرَخِّصُونَ فِيهِ لأَحَدٍ(١).

---

(١) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٥٦: اختلف العلماء قديمًا، وحديثا فى استقراض الحيوان، واستسلافه، فكرهه قوم، وأباه قوم منهم، ورخص فيه آخرون. وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، والثورى، والحسن بن صالح، وسائر الكوفيين. وحجتهم أن الحيوان لا يوقف على=

الشرح: وقوله: «**استسلف شيئًا من الحيوان بصفة، وتحلية معلومة، فلا بأس به**» يريد أن يكون ما استسلفه معلوم الصفة والحلية ليتمكن من رد مثله، ولو كان بجهل الصفة لتعذر عليه أن يرد مثله، وهو قول مالك والشافعى وجمهور الفقهاء، إلا ما روى، وقد تقدم ذكره.

وقوله: «**إلا ما كان من الولائد، فإنه يخاف من ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل**» يريد أنه لا يحل قرض الجوارى، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء. وروى عن المازنى إباحة ذلك.

ووجه ذلك ما احتج به من حظر الفروج، ومعلوم أن من استقرض شيئًا كان له أن

=حقيقة صفته؛ لأن مشيته وحركته وجربه وملاحته، كل ذلك يزيد فى ثمنه، ولا يدرك ذلك بوصف، ولا يضبط بنعت، لأن قارحًا أخضر غير قارح غير أخضر، ونحو هذا من صفات سائر الحيوان، وادعوا النسخ فى حديث أبى رافع المذكور فى أول هذا الباب؛ لما فيه من استقراض رسول الله ﷺ البكر، ورده الجمل الخيار. ومثله حديث أبى هريرة، فادعوا النسخ فى ذلك بحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قضى فى الذى أعتق نصيبه من عبد له بينه وبين غيره بقيمة نصيب شريكه، ولم يوجب عليه نصف عبد مثله.

وقال داود، وطائفة من أهل الظاهر: لا يجوز السلم فى الحيوان ولا فى شىء من الأشياء إلا فى المكيل والموزون خاصة، وما خرج عن الكيل والوزن، فالسلم فيه غير جائز، لنهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند البائع، ولقوله ﷺ: «من سلم، فليسلم فى كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، ويخص المكيل، والموزون من سائر ما ليس عند البائع، فكل مالم يكن مكيلا، ولا موزونا قد دخل فى بيع ما ليس عندك.

قال أبو عمر: قد نقض داود، وأهل الظاهر ما أصلوا فى قولهم فى بيع ما ليس عندك: كل بيع جائز بظاهر قول الله عز وجل: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ إلا بيع السنة بتحريمه، وبالنهى عنه، أو اجتمعت الأمة على فساده فلم يلزمهم أن يجيزوا السلم فى الحيوان، بظاهر القرآن؛ لأن بيع ما ليس عندك غير مدفوع بما قاله الحجازيون فى معناه أنه بيع ما ليس عندك من الأعيان، وأما ما كان مضمونا فى الذمة موصوفًا، فلا.

وقال مالك، والشافعى، وأصحابهما، والأوزاعى، والليث بن سعد: استقراض الحيوان جائز والسلم فيه جائز، وكذلك كل ما يضبط بالصفة فى الأغلب. وحجتهم حديث أبى رافع، واستقرض رسول الله ﷺ البكر. وفى استقراضه الحيوان إثبات الحيوان فى الذمة بالصفة المعلومة. ومن حجتهم أيضًا إيجاب رسول الله ﷺ دية الخطأ فى ذمة أوجبها عليها، ودية العمد المقبولة، ودية شبه العمد المغلظة، كل ذلك قد ثبت بالسنة المجتمع على ثبوتها. وذلك بإثبات الحيوان بالصفة فى الذمة، فكذلك الاستقراض، والسلم.

يرده متى شاء بعد أخذه بساعة، أو أكثر من ذلك، وإن كان قد انتفع به ما كان على صفته، فمن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه، فوطئها، ثم ردها إليه من ساعته، هذه إباحة للفروج المحظورة.

مسألة: وقال محمد بن عبدالحكم : يجوز ذلك إذا كانت ذات محرم للمستقرض، مثل أن تكون أمه، أو أخته من الرضاعة أو خالته من النسب؛ لأنه يسلم مما قاله وعلى هذا الذى قاله، يجوز للنساء استقراض الجوارى، وإنما يحرم ذلك على الرجال خاصة، والله أعلم.

فرع: فإن اقترض رجل ممن ذكرنا منعه ذكرنا منها، فلا خلاف عن مالك، ومن قال بقوله فى المنع من ذلك أن الجارية ترد بعينها ما لم يطأها، ويفسخ القرض، واختلفوا إذا وطئها، فقال مالك: تفوت بالوطء، وتكون الجارية للمستقرض، وتلزمه قيمتها.

وقال الشافعى: يردها، ويرد معها عقدها، وإن حملت ردها بعد الولادة، وقيمة ولدها حيًّا يوم الولادة، ويرد معها ما نقصتها الولادة، وإن ماتت، لزمه مثلها؛ فإن عدم مثلها، فعليه قيمتها.

والدليل على صحة ما نقوله أن عقود التمليك تفوت عندنا مع بقاء الأعيان، ولما دفع صاحب الجارية الجارية على وجه التمليك، فاتت بالوطء الذى منع القرض من أجله، فلو أجزنا له ردها، لكنا قد أتممنا القرض الفاسد والمقصود الممنوع منه، فلما وجد معنى المنع، وفات ردها بذلك أوجبنا له قيمتها، وإذا وجبت قيمتها، بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد، وغير ذلك؛ لأن القيمة إنما تلزمه يوم قبضها.

* * *

مَا يُنْهَى عَنْهُ مِنَ الْمُسَاوَمَةِ وَالْمُبَايَعَةِ

١٣٦٣ – قال مالك: عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

١٣٦٣ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٣٩. ومسلم فى البيوع ١٤١٢. والترمذى فى البيوع ١٢٩١. والنسائى فى النكاح ٣٢٤١، البيوع ٤٥٠١، ٤٥٠٢. وأبو داود فى النكاح ٢٠٨١، البيوع ٣٤٣٦. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧١. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥١٧، ٤٦٩٤. والطبرانى فى الكبير ١٠٦/١٠، عن أبى هريرة. والبيهقى ٣٤٨/٥.

قَالَ: «لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»(١).

١٣٦٤ - وقال مالك: عَنْ أَبِى الزِّنَادِ، عَنِ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ، وَلا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلا تَنَاجَشُوا، وَلا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ».

قال مالك: وَتَفْسِيرُ قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ أَنَّهُ إِنَّمَا نَهَى أَنْ يَسُومَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ إِذَا رَكَنَ الْبَائِعُ إِلَى السَّائِمِ، وَجَعَلَ يَشْتَرِطُ وَزْنَ الذَّهَبِ، وَيَتَبَرَّأُ مِنَ الْعُيُوبِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يُعْرَفُ بِهِ أَنَّ الْبَائِعَ قَدْ أَرَادَ مُبَايَعَةَ السَّائِمِ، فَهَذَا الَّذِى نَهَى عَنْهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال مالك: وَلا بَأْسَ بِالسَّوْمِ بِالسِّلْعَةِ تُوقَفُ لِلْبَيْعِ، فَيَسُومُ بِهَا غَيْرُ وَاحِدٍ. قَالَ:

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٧٩/٨، ١٨٠: هكذا روى يحيى هذا الحديث دون زيادة شىء، وتابعه ابن بكير، وابن القاسم، وجماعة. ورواه قوم، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله، ﷺ قال: لا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها الأسواق. وهذه الزيادة صحيحة لابن وهب، والقعنبى، وعبدالله بن يوسف، وسليمان بن برد، عن مالك، وليست لغيرهم، وهى صحيحة، وأما سائر أصحاب مالك فإنما هذا المعنى وهذه الزيادة عندهم فى حديث أبى الزناد وهى صحيحة، محفوظة من حديث مالك وغيره، عن نافع، عن ابن عمر، فى النهى عن تلقى السلع، حتى يهبط بها الأسواق.

١٣٦٤ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، الشروط ٢٧٢٧. ومسلم فى النكاح ١٤١٣، البيوع ١٥١٥، ١٥٢٤. والترمذى فى النكاح ١١٣٤، البيوع ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٥١، ١٣٠٤. والنسائى فى النكاح ٣٢٣٧، البيوع ٤٤٨٥، ٤٤٨٦، ٤٤٨٧، ٤٤٨٩، ٤٤٩٤، ٤٤٩٩، ٤٥٠٠، ٤٥٠٤، ٤٥٠٥. وأبو داود فى البيوع ٣٤٣٧، ٣٤٣٨، ٣٤٤٣، ٣٤٤٤، ٣٤٤٥. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧٢، ٢١٧٤، ٢١٧٥، ٢١٧٨، ٢٢٩٣. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧٢٠٧، ٧٢٦٣، ٧٣٣٣، ٧٤٠٦، ٧٤٧١، ٧٦٤١، ٧٦٧٠، ٨٠٣٩، ٢٧٤٢٩، ٨٥٠٥، ٨٧٨٠، ٨٨٧٦، ٨٩٦٩، ٩٠٥٥، ٩١٦٠، ٩٢٧٥، ٩٦٣٥، ٩٦٧٥، ٩٧١٦، ٩٨٧٥، ٩٨٩٦، ٩٩٤٣، ١٠١٣٨، ١٠٢٠٨، ١٠٢٧١، ١٠٤١٧، ١٠٤٦٣. والدارمى فى البيوع ٢٥٥٣، ٢٥٦٦. والدارقطنى ٧٤/٣، عن أبى هريرة. وابن أبى شيبة ٣٩٩/٦، عن أبى هريرة.

وَلَوْ تَرَكَ النَّاسُ السَّوْمَ عِنْدَ أَوَّلِ مَنْ يَسُومُ بِهَا، أُخِذَتْ بِشِبْهِ الْبَاطِلِ مِنَ الثَّمَنِ، وَدَخَلَ عَلَى الْبَاعَةِ فِي سِلَعِهِمُ الْمَكْرُوهُ، وَلَمْ يَزَلِ الأَمْرُ عِنْدَنَا عَلَى هَذَا.

الشرح: قول النبى ﷺ: **«لا يبع بعضكم على بيع بعض»**[1] يريد والله أعلم، لا يشتر، والعرب تقول: اشتريت وشريت بمعنى بعت، قال الله تعالى: **﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين﴾** [يونس: ٢٠]، وقال: **﴿ولبئس ما شروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون﴾** [البقرة: ١٠٢]، قاله ابن حبيب، وقال: إنما النهى للمشترى دون البائع ونحو هذا.

روى أبو عبيد عن أبى عبيدة وأبى زيد، قال أبو عبيدة: ليس للحديث وجه غير هذا عندى؛ لأن البائع لا يكاد يدخل على البائع، وإنما المعروف أن يزيد المشترى على المشترى.

وأنشد بعضهم للحطيئة.

وبعت لذبيان العلاء بمالكا

يريد اشتريت.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه يحتمل أن يحمل اللفظ على ظاهره، فيمنع البائع

---

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨٠/٨: ومعنى قوله ﷺ فى هذا الحديث وغيره: لا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يسم على سومه. عند مالك وأصحابه، معنى واحد، كله وهو أن يستحسن المشترى السلعة ويهواها، ويركن إلى البائع ويميل إليه، ويتذاكران الثمن، ولم يبق إلا العقد، والرضى الذى يتم به البيع، فإذا كان البائع والمشترى على مثل هذه الحال، لم يجز لأحد أن يعترضه، فيعرض على أحدهما ما به يفسد به ما هما عليه من التبايع، فإن فعل أحد ذلك فقد أساء، وبيسما فعل، فإن كان عالمًا بالنهى، عن ذلك فهو عاص لله، ولا أقول إن فعل هذا حرم بيعه الثانى، ولا أعلم أحدا من أهل العلم قاله إلا رواية جاءت، عن مالك بذلك، قال: لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ومن فعل ذلك فسخ البيع، ما لم يفت، وفسخ النكاح قبل الدخول، وقد أنكر بعض أصحاب مالك هذه الرواية، عن مالك فى البيع دون الخطبة، وقالوا: هو مكروه لا ينبغى. وقال الثورى فى قول رسول الله ﷺ: «لا يبع بعضكم على بيع بعض»، أن يقول: عندى ما هو خير منه. وأما الشافعى فقوله ﷺ: «لا يبع بعضكم على بيع بعض»، معناه عنده أن يبتاع الرجل السلعة فيقبضها، ولم يفترقا، وهو مغتبط بها، غير نادم عليها، فيأتيه قبل الافتراق من يعرض عليه مثل سلعته، أو خيرًا منها، بأقل من ذلك الثمن فيفسخ بيع صاحبه؛ لأن له الخيار قبل التفرق، فيكون هذا فسادا.

أيضًا من أن يبيع على بيع أخيه؛ إذا كان قد ركن المشترى إليه، ووافقه فى ثمن سلعته، ولم يبق إلا تمام العقد، فيأتى من يصرفه عن ذلك بأن يعرض عليه غيره على غير وجه الإرخاص عليه.

وإنما حمل ابن حبيب على ما قاله؛ لأن الإرخاص مستحب مشروع، فإذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الأول، فلا منع فى ذلك عنده، والله أعلم، وقد منع من تلقى السلع، وذلك إرخاص على متلقيها، غير أن فيها إغلاء على أهل الأسواق التى هى أعم نفعًا للمسلمين، والضعيف الذى لا يقدر على التلقى.

فصل: وقوله: «**على بيع أخيه**» يريد المسلم، ولم يجعل ذلك شرطًا فيما يمنع من البيع، وإنما ذلك لإظهار قبح فعله، ولذلك ذكره بالأخوة التى تمنع المقابحة، ولو كان الذى ركن إلى بيعه يهوديًا أو نصرانيًا، فإنه لا يزاد عليه، قاله مالك فى كتاب ابن المواز، وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وجوز ذلك الأوزاعى.

والدليل على ما نقوله أن هذا له عهد وذمة كالمسلم أيضًا، فإن كل حكم بين مسلم وذمى، فإنه يكون على حكم الإسلام.

مسألة: فإن وقع، وسام رجل على سوم أخيه، روى ابن حبيب عن مالك: يستغفر الله ويعرضها على الأول بالثمن، زادت أو نقصت، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. وروى سحنون عن ابن القاسم فى العتبية: لا يفسخ وأرى أن يؤدب. وقال غيره: بل يفسخ ذلك.

وجه قول مالك: يؤدب، يريد لمن عصى بهذا الفعل إلى الاستغفار منه، وندبه لمن منعه منه، وظلمه فيه. وزاد ابن القاسم: أنه يعاقب بالأدب، ولعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر.

ووجه قول الغير يفسخ أن قول النبى ﷺ نهى عنه والنهى يقتضى فساد المنهى عنه.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك: يعرضها على الأول، فإن كان الثانى أنفق عليها نفقة زادت له، أعطاه النفقة مع الثمن، فإن نقصت، فإن شاء أخذ المبيع، ولا شىء له، وإن شاء ترك، رواه ابن حبيب عن مالك، ومن بقى من أصحابه.

ووجه ذلك أن هذه النفقة إن كانت باقية كان للأول العوض منها، وإن كانت قد تلفت، ولم يؤثر زيادة، فلا شىء له منها، وهذا وجه يتلخص مما دخل فيه، والله أعلم.

فصل: وقول مالك: **«إن معنىً أن لا يسوم الرجل على سوم أخيه[٢] ، إذا كان قد ذكر البائع إلى السائم مما يعرف به أنه قد أراد مبايعته»** ظاهره يقتضى أن البيع فى الحديث بمعنى الشراء ويبين أن المنع إنما يتعلق بحالة الاتفاق دون أشد المساومة، ووقت الاختلاف، وهو على ما قال، ولا خلاف فيه ولو منع من السوم على سوم متاع مع تباين ما بينهما وتباعدهما لفسدت بذلك حال كل بائع.

فما كان أحد شاء أن يمنعه من بيع السلعة إلا ساومه بها، وأعطاه عشر ثمنها، فإذا خرج على غير المساومة بها بما تقدم منه كان فى ذلك ضرر بين البائع، ومنع من بيع سلعته إلا باليسير من ثمنها ممن يمنع من بيعها من غيره من أجل مساومته، وهذا لا خلاف فى منعه.

مسألة: وهذا فى بيع المساومة، وأما فى بيع المزايدة، ففى الواضحة إنه خارج عما نهى عنه من السوم على سوم أخيه.

وقد استحب مالك للسلطان فيما بيع على مفلس أو ميت أن يتأنى ثلاثًا عسى بزائد أن يزيد، وفى بيع العقار ينادى عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسمية ما فيه، فإذا بلغ منتهاه على أحد استأناه ثلاثًا قبل الإيجاب، يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع، فإن زيد قبله، وإلا لزمه، فإذا أوجبه ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته.

---

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨٠/٨: وأما قوله ﷺ: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»، فيشبه أن يكون مذهب الشافعى فى تأويل هذا اللفظ كمذهب مالك، وأصحابه، فى قوله ﷺ: «لا يبع أحدكم على بيع أخيه، ولا يسوم على سومه»، والله أعلم.
ولا خلاف عن الشافعى، وأبى حنيفة فى أن هذا العقد صحيح، وإن كره له ما فعل، وعليه جمهور العلماء، ولا خلاف بينهم فى كراهية بيع الرجل على بيع أخيه المسلم وسومه على سوم أخيه المسلم، ولم أعلم أحدًا منهم فسخ بيع من فعل ذلك، إلا ما ذكرت لك عن بعض أصحاب مالك بن أنس. ورواه أيضًا عن مالك، وأما غيره فلا يفسخ البيع عنده؛ لأنه أمر لم يتم أولا، وقد كان لصاحبه أن لا يتمه إن شاء، وكذلك لا أعلم خلافا فى أن الذمى لا يجوز لأحد أن يبيع على بيعه، ولا يسوم على سومه، وأنه والمسلم فى ذلك سواء، إلا الأوزاعى فإنه قال: لا بأس بدخول المسلم على الذمى فى سومه؛ لأن رسول الله ﷺ إنما خاطب المسلمين فى أن لا يبع بعضهم على بيع بعض، وخاطب المسلم أن لا يبع على بيع أخيه المسلم، فليس الذمى كذلك. وقال سائر العلماء لا يجوز ذلك. والحجة لهم أنه كما دخل الذمى فى النهى، عن النجش، وفى ربح ما لم يضمن، ونحوه، كذلك يدخل فى هذا، وقد يقال: هذا طريق المسلمين، ولا يمنع ذلك أن يدخل فيه ويسلكه أهل الذمة، وقد أجمعوا على كراهية سوم الذمى على الذمى، فدل على أنهم مرادون. والله أعلم.

وهذا معنى صحيح وبيع المساومة أن يقف الرجل بسلعته يسوم بها من يريد شراءها أو يجلس بها فى حانوت أو مكان، فمن مر به ساومه عليها، فهذا إذا ركن إلى المبتاع، فهو الذى نهى أن يدخل على بيعه أحد؛ لأنه إنما نهى أن يبيع سلعته على المساومة، ومن فارقه، ولم يوجبه أو ما أعطاه من السوم، ثم أراد أن يلزمه البيع لم يكن له ذلك، وبيع المزايدة هو الرجل يعرض سلعته فى السوق يمشى بها على من يشترى تلك السلعة، ويطلب زيادة من يزيد فيها.

فهذا لا يمنع أحد من الزيادة فيها قبل الإيجاب، ويلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد، وإن فارقه بغير الإيجاب؛ لأنه إنما أراد على أنه إن زاد غيره عليه، وإلا فهى له بما زاد فيها، فإذا أوقع الإيجاب له لم تقبل عليه زيادة.

فصل: وقوله: «**ولا تلقوا الركبان**»(٣) يحتمل أن يريد ﷺ تلقى من يجلب السلع،

---

(٣) قال ابن عبد البر فى التمهيد ١٨٢/٨: أما تلقى السلع فإن مالكًا قال: أكره أن يشترى أحد من الجلب فى نواحى المصر حتى يهبط بها إلى الأسواق، فقيل له: فإن كان على ستة أميال، فقال: لا بأس به. ذكره ابن القاسم، عن مالك، وقال ابن وهب: سمعنا مالكًا وسئل عن الرجل يخرج فى الأضحى إلى مثل الإصطبل، وهو نحو من ميل، يشترى ضحايا وهو موضع فيه الغنم، والناس يخرجون إليهم يشترون منهم هناك، فقال مالك: لا يعجبنى ذلك، وقد نهى عن تلقى السلع، فلا أرى أن يشترى شىء منها حتى يهبط بها إلى الأسواق، قال مالك: والضحايا أفضل ما احتيط فيه؛ لأنها نسك يتقرب به إلى الله تعالى، فلا أرى ذلك، قال: وسمعته وسئل، عن الذى يتلقى السلعة فيشتريها فتوجد معه أترى أن تؤخذ منه فتباع للناس، فقال مالك: أرى أن ينهى عن ذلك، فإن نهى عن ذلك ثم وجد قد عاد نكل.

قال أبو عمر: لم نر فى هذه الرواية لأهل الأسواق شيئًا فى السلعة المتلقاة، وتحصيل المذهب عند أصحابه، أنه لا يجوز تلقى السلع والركبان، ومن تلقاهم فاشترى منهم سلعة شركة فيها أهل سوقها إن شاءوا، وكان واحدا منهم، وسواء كانت السلعة طعامًا، أو بزا، أو غيره وقد روى ابن وهب، عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتيه الطعام، والبز، والغنم وغير ذلك من السلع، فإذا كان مسيرة اليوم واليومين جاءه خبر ذلك وصفته، فيخبر بذلك، فيقول له رجل: بعنى ما جاءك، أفترى ذلك جائزًا؟ قال: لا أراه جائزًا، وأرى هذا من التلقى، فقيل له: والبز من هذا؟ قال: نعم، البز مثل الطعام، ولا ينبغى أن يعمل فى أمر واحد بأمرين مختلفين، وأكره ذلك، وأراه من تلقى السلع. وقال الشافعى: يكره تلقى سلع أهل البادية، فمن تلقاها فقد أساء، وصاحب السلعة بالخيار إذ قدم بها السوق فى إنفاذ البيع أو رده، وذلك أنهم يتلقونهم فيخبرونهم بانكسار سلعتهم وكساد سوقها، وهم أهل غرة فيبيعونهم على ذلك، وهذا ضرب فى الخديعة، حكى هذا عن الشافعى الزعفرانى، والربيع، والمزنى، وغيرهم، وتفسير قول الشافعى عند أصحابه، أن=

فيبتاع منهم قبل ورود أسواقها ومواضع بيعها، وسواء كان التلقى فيما بعد عن موضع البيع أو قرب. قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه: وإن كان على مسيرة يوم أو يومين من الحاضرة.

ووجه ذلك أن هذا فيه مضرة عامة على الناس؛ لأن من تلقاها أو اشترها غلاها على الناس، وانفرد ببيعها، فمنع من ذلك ليصل بائعوها بها إلى البلد، فيبيعونها فى أسواقها، فيصل كل أحد إلى شرائها والنيل من رخصها.

مسألة: وكذلك فيما قرب، وقد سئل مالك عن خروج أهل مصر إلى الاصطبل مسيرة ميل ونحوه أيام الأضحى يتلقون الغنم يشترونها، قال: هذا من التلقى، وكذلك غير الضحايا متى ترد سوقها، رواه ابن المواز عن مالك.

ووجه ذلك أن هذا تلف يمنع من وصول ما جلب إلى سوق بيعه، فكان ممنوعًا منه كالبعيد.

مسألة: وهذا فيما جر ت العادة بتبليغه الأسواق ولا مضرة فى ذلك، فأما ما كان

=يخرج أهل الأسواق فيخدعون أهل القافلة، ويشترون منهم شراء رخيصًا، فلهم الخيار؛ لأنهم غروهم.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا كان التلقى فى أرض لا يضر بأهلها فلا بأس به، وإذا كان يضر بأهلها فهو مكروه.

وقال الأوزاعى: إذا كان الناس من ذلك شباعًا فلا بأس به، وإن كانوا محتاجين فلا يقربونه حتى يهبط بها الأسواق، ولم يجعل الأوزاعى القاعد على بابه فتمر به سلعة، لم يقصد إليها فيشتريها متلقيا، والمتلقى عنده التاجر القاصد إلى ذلك، الخارج إليه. وقال الحسن بن حى: لا يجوز تلقى السلع ولا شراؤها فى الطريق، حتى يهبط بها الأسواق، وقالت طائفة من المتأخرين من أهل الفقه والحديث: لا بأس بتلقى السلع فى أول الأسواق، ولا يجوز ذلك خارج السوق على ظاهر هذا الحديث.

وقال الليث بن سعد: أكره تلقى السلع فى الطريق، وعلى بابك إذا قصدت إلى ذلك، وأما من قعد على بابه، وفى طريقه فمرت به سلعة يريد صاحبها السوق فاشتراها فليس هذا بالتلقى، وإنما التلقى أن تعمد إلى ذلك قال: ومن تعمد ذلك وتلقى سلعة فاشتراها ثم علم به، فإن كان بائعها لم يذهب، ردت إليه حتى تباع فى السوق، وإن كان قد فات ارتجعت من المشترى وبيعت فى السوق، ودفع إليه ثمنها. وقال ابن حواز بنداد، البيع فى تلقى السلع صحيح عند الجميع، إنما الخلاف فى أن المشترى لا يفوز بالسلعة، ويشركه أهل السوق ولا خيار للبائع، أو فى أن البائع بالخيار إذا هبط السوق.

يضر بالناس تبليغه الأسواق كالفواكه والثمار التى يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها، ومحتاجون إلى بيعها جملة ممن يجنيها أو يبقيها فى أصلها، ويدخلها إلى الأمصار والقرى بقدر ما يتأتى له من بيعها، فقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية فى الأجنة التى تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب، يخرج إليها التجار، فيشترونها ويحملونها فى السفن إلى الفسطاط للبيع: لا بأس بذلك. وقال فى سماع أشهب: هو من التلقى. وقال أشهب: لا بأس به، وليس من التلقى.

وفى كتاب ابن المواز عن مالك، فى التجار يشترون الغنم من الريف فيسيرون على مثل ميل من الفسطاط فى مراعيها ويشتد عليهم إدخالها كلها أو يكون ذلك أرفق بهم فيبيعونها، فيدخلها المشترى قليلاً قليلاً: أخاف أن يكون من التلقى. وقال فى العتبية: أراه من التلقى.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن هذا وجه بيع الجلاب لها وتلحقه المضرة فى أخذه بإدخالها ويؤدى ذلك إلى إفسادها وتغيرها وطول مقامه عليها.

مسألة: وما أرسى بالساحل من السفن بالتجار، فلا بأس أن يشترى منهم الرجل الطعام وغيره فيبيعه بها إلا أن يقصد الضرر والفساد، فلا يصلح لأنه من باب الحكرة.

ووجه ذلك أن هذا منتهى سفر الوارد، فلا يكلف سفر آخر؛ لأن ذلك مضر به كما لو كان السفران فى البر.

وهذا على ثلاثة أضرب، أحدها: ما قدمناه، وهو أن يخرج إلى السلع، فيتلقاها ويشتريها قبل أن تبلغ أسواقها. والثانى: أن يرد خبرها قبل أن ترد، فيشتريها من بلغه ذلك قبل وصولها. والثالث: أن تمر بمنزله قبل أن تصل إلى أسواقها، وقد تقدم الكلام فى الضرب الأول.

وأما الضرب الثانى، فقد روى ابن المواز عن مالك فيمن جاءه طعام أو بز أو غيره فوصل إليه خبره وصفته على مسيرة يوم أو يومين، فيخبر بذلك فيشتريه منه رجل، فلا خير فيه، وهذا من التلقى.

ووجه ذلك ما قدمناه من أنه شراء السلع قبل وصولها الأسواق، وإنما الاعتبار على هذا بوصول السلع ووصول بائعها ولو وصلت السلع السوق، ولم يصل بائعها، فخرج إليه من يتلقاه ويشتريها منه قبل أن يهبط إلى الأسواق ويعرف الأسعار، فلم أر فيه نصًا، وعندى أنه من التلقى الممنوع، والله أعلم.

مسألة: وأما إذا مرت بمنزله قبل أن تصل أسواقها، فلا يخلو أن يكون منزله خارج المصر أو بطرف ما بينه وبين السوق.

فإن كان خارج المصر مثل أن يكون بقربه، ففى الموازية عن مالك فيمن مرت به السلع ومنزله بقرب المصر الذى هبط إليه بتلك السلع، ومن على ستة أميال من المدينة، ومثل العقيق من المدينة، فله أن يشترى منها للأكل وللقنية، أو ليلبس أو ليضحى أو يهدى ونحوه، فأما للتجاره، فلا، ولا يبتاعها من مرت بباب داره فى البلد وإن لم يرد التجارة.

فرع: وهذا فيما كان له سوق قائم من السلع، وما لم يكن له سوق، فإذا دخلت بيوت الحاضرة والأزقة، جاز شراؤها، وإن لم تبلغ السوق، رواه ابن حبيب، عن مالك وأصحابه.

مسألة: وإذا بلغت السلعة موقفها ثم انقلب بها بائعها، ولم تبع أو باع بعضها، فلا باس أن يشترها من مرت به أو من دار بائعها من الواضحة.

ووجه أنه قد خرج عن حد الجالب ببلوغه السوق وعرضها فيها للسلع وانتقل إلى حكم المحتكر، وذلك مباح يشترى منه حيث شاء.

فصل: إذا ثبت ذلك، فإن وقع التلقى من إنسان فلمالك فى ذلك قولان فى الموازية، روى عنه ابن القاسم: أنه ينهى، فإن عاد أدب، ولا ينزع منه شىء، وهو اختيار أشهب.

وروى عنه ابن وهب: ينزع منه ما ابتاع، فتباع لأهل السوق. واختار ابن المواز: أن يرد شراؤه على بائعها، وبه قال ابن حبيب.

وجه رواية ابن القاسم أن البيع عقد لازم، ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته، فإنما يتعلق بالتلقى الحرج لمن فعله، وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه وانتزاعه منه.

ووجه رواية ابن وهب أن لأهل الأسواق حظًا فيما اشتروه كما لو حضروا مساومته.

ووجه قول ابن المواز ما احتج به من أن النبى ﷺ نهى عنه وما نهى عنه، فهو ردود، وهذا قد قال به قوم من أصحابنا أن النهى يقتضى فساد المنهى عنه.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن وهب، فقد روى عنه أن السلعة تعرض لأهل السوق، فما

ربح فهو بينهم، وما كان من وضيعة فعليه، وإن قلنا برواية الفسخ، فقد قال ابن المواز: ترد على بائعها، فإن فات أمر من يقوم ببيعها لصاحبها.

وقال ابن حبيب: إن فات بائعها، فإن كان المتلقى لم يعتد ذلك تركت له، وزجر، وإن كان اعتاد ذلك وتكرر، فإن كان لها سوق وقوم راتبون لبيعها، فلهم أخذها بالثمن أو تركها له، وإن لم يكن لها أهل راتبون عرضت فى السوق بثمنها لعامة الناس، فإن لم يوجد من يأخذها بذلك، تركت له.

وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن طلب ذلك، ويكون كأحدهم، وقاله عبدالله بن عبدالحكم، وزاد: بالحصص بالثمن الأول.

وجه قول محمد أن فسخ العقد يقتضى أن يرجع إلى ملك البائع، فإن كان حاضرًا أخذها، وإن غائبًا قدم له من يبيع عنه، ويحتمل أن يريد إن كانت زيادة، فله وإن نقصانًا، فعليه؛ لأنه قد فعل المحظور فى بيعه قبل أن يبلغ السوق.

وقد روى فى العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فمن قدم بقمح من الإسكندرية، فقال، حين خرج: إن وجدت بيعًا فى الطريق، وإلا بلغت الفسطاط، قال: لا يبيع فى الطريق ويبيع بالفسطاط، إلا أن ينوى قرية بها سوق، فلا بأس ببيعه فيها، فثبت أن البائع ممنوع من البيع قبل بلوغ الأسواق ومواضع البيوع.

ووجه قول ابن حبيب أن البيع لا يفسخ لفساده، وإنما يفسخ لتعلق حق الغير به، فإن كان صاحبه حاضرًا فسخ لإمكان ذلك فيه، وإن فات فسخه بفوات بائعه، عرض على له فيه حق، فإن لم يرده، ترك له.

فرع: قال ابن حبيب: ويعاقب من تكرر منه تلقى السلع بما يراه الإمام من سجن أو ضرب أو إخراج من السوق، قال ابن المواز: لا يطيب للمتلقى ربح ما تلقى، فلا أحب أن يشترى من لحم ما تلقى. وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: أنه قيل له: أيتصدق بالربح، فقال: ليس بحرام، ولو فعل ذلك احتياطًا، لم أر به بأسًا.

فصل: وقوله: **«ولا تناجشوا»** سيأتى ذكره بعد هذا.

وقوله: **«ولا يبع حاضر لباد»** فيه ثلاثة أبواب، الأول منها: فى تعيين البادى الذى يمنع من البيع له. والثانى: فى التصريف الذى يمنع له. والباب الثالث: فى حكم البيع له إذا وقع.

* * *

الباب الأول: فى تعيين البادى الذى يمنع من البيع له

أما البادى الذى منع من البيع له، فإن أهل البوداى ضربان، ضرب أهل عمود، وضرب أهل منازل واستيطان، فأما أهل العمود، فلا خلاف فى أنهم مرادون بالحديث، قال ابن المواز عن مالك، فى النهى عن بيع الحاضر للبادى: هم الأعراب أهل العمود، لا يباع لهم، ولا يشترى عليهم. والأصل فى ذلك الحديث فى النهى عن ذلك.

ومن جهة المعنى أنهم لا يعرفون الأسعار، فيوشك إذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون لأن ما يبيعونه أكثره لا رأس مال لهم فيه؛ لأنهم لم يشتروه، وإنما صار إليهم بالاستغلال، فكان الرفق بمن يشتريه أولى مع أن أهل الحواضر هم أكثر الإسلام، وهى مواضع الأئمة، فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها.

مسألة: وأما أهل القرى، فقد قال ابن المواز عن مالك: إنه لم يرد بالنهى عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق، ولا بأس به، وأرجو أن يكون خفيفًا.

وروى هذه المسألة العتبى عن مالك، ولكنه قال: فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض، فأرجو أن يكون خفيفًا. وروى ابن المواز عن مالك: وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية، فلا يباع لهم، ولا يشترى عليهم، قال: وإن كانوا أيام الربيع فى القرى، ومن بعد ذلك فى الصحراء على الميلين من القرية، وهم عالمون بالسعر، فلا يباع لهم.

وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام: البدوى لا يباع له، عرف السعر أو لم يعرفه، والقروى وإن كان يعرف الأسعار، فلا بأس أن يباع له، وإن كان لا يعرفها لم يبع له.

فرع: وما قدر القرية التى تبيح البيع له، روى فى العتبية أصبغ عن ابن القاسم: لا نهى عن البيع لمن كان من أهل ميد، أى وما أشبهها لأن هذه مدائن وكور.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن هذه كور وحواضر لأهلها من الحرمة مثل ما لغيرهم مع معرفتهم بالأسعار والأسواق، وليس فى المنع من البيع لهم إلا الإضرار بهم دون منفعة تجتلب بذلك.

مسألة: وقد روى ابن المواز عن مالك: لا يبيع مدنى لمحصرى، ولا مصرى لمدنى. وفى العتبية: فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض، فأرجو أن يكون خفيفًا.

فوجه الأول أن اغترابهم وبعد أوطانهم يقتضى جهلهم بالأسعار، فمنع من يعرفها من البيع لهم ليرخص بذلك ما جلبوه. ووجه القول الثانى: أن حرمتهم متساوية وبأيسر مقام فى البلد يعرفون الأسعار، ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم، فلا فائدة لكتمانهم ذلك.

* * *

الباب الثانى فى التصرف الذى يمنع له

أما ما يمنع منه من التصرف له، فقد روى ابن المواز عن مالك فى البدوى لا يبيع له الحضرى ولا يشترى عليه، وهذا متفق عليه فى البيع، وكذلك فى أهل القرى الذين يشبهون البادية، وقال مالك فى العتبية: إذا قدم البدوى، فأكره أن يخبره الحضرى بالسعر. وذكر ابن حبيب: أنه لا يبعث البدوى إلى الحضرى بمتاع يبيعه له.

مسألة: وأما الشراء للبدوى، ففى الموازية والعتبية عن مالك: لا بأس بذلك بخلاف البيع. وقال ابن حبيب: لا يبيع له ولا يشترى.

وجه القول الأول أن هذا الاسترخاص مشروع مستحب، ولذلك نهى أن يبيع الحاضر للبادى طلبًا لرخص ما يبيع، ولذلك يجب أن يباح له أن يشترى له يسترخص له ما يشتريه.

ووجه ثان، وهو أن أكثر ما يبيعه البدوى ما يصير إليه بالغلة، فليس عليه فى رخصه كبير مضرة وما يشتريه حكمه فيه حكم الحضرى، فلذلك خالف بيعه شراؤه. ووجه القول الثانى أنه معاوضة تخصه، فلم يتناولها الحضرى للبدوى كالبيع.

* * *

الباب الثالث: فى حكم البيع له إذا وقع

قد قال ابن القاسم: يفسخ البيع، حضر البدوى أو بعث سلعته إلى الحاضرة، ورواه ابن حبيب عن مالك. قال ابن حبيب: قال: وكذلك الشراء، وقاله أصبغ فى بيع المصرى للمدنى، وبيع المدنى للمصرى، ولم ير ابن عبدالحكم فسخه إذا باع حاضر لباد. ورواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية.

وجه القول الأول نهى النبى ﷺ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه. ووجه القول الثانى أن العقد سالم من الفساد، وإنما نهى عنه لمعنى الاسترخاص، ولذلك لا يعود بالفسخ لأن البدوى قد علم بالبيع الأول ثمن سلعته، فلا يرخص بفسخه.

مسألة: ومن تكرر منه هذا، قال ابن القاسم فى العتبية: يؤدب. وروى زونان عن ابن وهب: يزجر ولا يؤدب، وإن كان عالمًا بمكروهه.

وجه القول الأول أن هذه مضرة عامة، وقد تكرر منه مخالفة الإمام فيها، فكان حكمه الأدب. ووجه قول ابن وهب أن الزجر فى ذلك كاف لأنه نوع من التسعير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «**ولا تصروا الإبل والغنم**» التصرية حبس اللبن فى الضرع، مأخوذ من حبس الماء، يقال صريته وصريته، والمصراة هى المحفلة لأن اللبن حفل فى ضرعها، والحافل العظيمة الضرع.

فصل: «**فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها**» يريد أن التصرية تدليس ونقص اللبن عما كان عليه حين البيع نقص، فللبائع إذا طلع على ذلك الإمساك أو الرد كسائر العيوب، وبهذا قال الشافعى والليث وأبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: التصرية ليست بتدليس، ونقص اللبن ليس بعيب، وليس للمبتاع الرد.

والدليل على ما نقوله الحديث، وهو يستدل به من وجهين، أحدهما: أنه قال: «**فمن ابتاعها بعد ذلك**» يريد بعد التصرية، «**فهو بخير النظرين**» فالظاهر أنه جعل له الرد بالتصرية، وليس هاهنا وجه يريد به إلا بالعيب، لأن العقد وقع لازمًا.

ووجه آخر وهو أنه ﷺ جعل المبتاع بخير النظرين، بعد أن يتبين أمرها بالحلب «**إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها**» وهذا نص فى موضع الخلاف.

ومن جهة المعنى أن معنى التدليس ستر العيب، وهذا موجود فى التصرية لأن البائع ستر ما فى شاته أو ناقته من قلة اللبن عما ابتاع عليه المبتاع، وذلك أن المبتاع اعتقد أن ذلك عادة فيها، وعلى ذلك اشتراها، فإذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الرد على البائع كما لو جعد البائع، جاريته، فاشتراها المبتاع على ذلك، ثم تبين له أنه غير ذلك كان له الرد.

فصل: وقوله ﷺ: «**فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها**». قال محمد: له الرد بعد أن يحلب مرتين، فإن حلب ثلاثًا لزمته. وقال ابن القاسم، لما سأل أيردها بعد الثلاثة: إذا رأى من ذلك ما يعلم أنه قد اختبرها قبل ذلك، فما حلب بعد ذلك منع الرد.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والأظهر عندى أنه يكون الخيار بعد الثلاثة. وقد روى ابن سيرين عن أبى هريرة فى هذا الحديث، «فهو بالخيار بعد أن يحلبها ثلاثًا» ورواه ابن وهب من حديث أبى صالح عن أبى هريرة.

ومن جهة المعنى أن الحلبة الثانية لا يعلم بها حالها لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى، ولأن التحفيل يقلل لبنها فى الحلبة الثانية، فإنما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة، فيجب أن يكون له الخيار بعدها لأنه بها يتبين أمرها.

مسألة: وإن اشترى غنمًا غير مصراة، فحلبها، فلم يرض حلابها، فإن كان البائع لم يعلم حلابها، ففى المدونة لابن القاسم: ليس له ردها.

ومعنى ذلك أنه قد استوى علمها فى قدر المبيع جزمًا كالبائع لبصرة الطعام، فإن علم البائع قدر ما يحلب، فلم يخبر بذلك المبتاع، فإن كان فى إبان لبنها، فقد قال ابن القاسم: له الرد بمنزلة من باع صبرة جزافًا علم كيلها، فلم يخبر بذلك المبتاع.

وإن لم يكن البيع فى إبان لبنها، لم يكن للمبتاع ردها، وإن كان البائع قد عرف قدر لبنها، وإن كانت شاة لبن. وقال أشهب: للمبتاع ردها، حلبت أو لم تحلب، إذا كانت شاة لبن. قال محمد: وأرى أن ينظر فى ثمنها، فإن كانت فى كثرته بحيث يعلم أنها لم تبع لشحمها ولحمها ولا لنتاج مثلها ذلك اللبن، وإنما بيعه للبنها، فله الرد إذا كتمه البائع قدر اللبن.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن البائع لم يقصد بابتياعه اللبن، وإذا كانت فى إبان لبنها، فالظاهر أنه اشتراها للبنها، فروعى ذلك فيها.

مسألة: وإن كانت إبلاً أو بقرًا، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن كانت البقر يطلب منها اللبن مثل ما يطلب من الغنم، فهى بمنزلتها.

مسألة: ومن اشترى شاة على أنها تحلب قسطًا، فقد قال ابن القاسم: البيع جائز، وتجرب الشاة، فإن كانت تحلب ما شرطه له وإلا ردها، واحتج بحديث المصراة فى أنها بالتصرية ترد، فبأن ترد فى هذا أولى.

ومعنى ذلك أن التصرية إنما تقوم مقام الشرط، فإذا ثبت بها الرد، فبأن ترد بالشرط، وهو أبين أولى.

فصل: وقوله ﷺ: **«وإن شاء ردها وصاعًا من تمر»** معناه والله أعلم، إن اختار

إمساكها بعد أن ثبتت له التصرية أمسكها، ولا شيء له، وإن شاء أن يردها ردها ورد معها صاعًا من تمر، قال ابن القاسم: قلت لمالك: أتأخذ بحديث المصراة؟ قال: نعم، وإنما أتبع ما سمعت أولا حد في هذا الحديث.

وقد روى أن مالكًا قال لما سأل عن ذلك: ﴿**فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم**﴾ [النور: ٦٣] قال ابن المواز: ولم يأخذ به أشهب. وقال: جاء ما يضعفه أن الغلة بالضمان، وسألت عنه مالكًا، فكأنه ضعفه. وقال أشهب: وهو لو ردها بعيب، وقد أكل لبنها، فلا شيء عليه.

فوجه رد الصاع، أن اللبن الذى فى الضرع حال التحفيل مبيع مع الشاة، وإذا تلف عند المبتاع أو تغير بالحلب كان عليه أن يرد عوضًا منه كالثمرة فى رءوس النخل والصوف على الغنم، وأما ما حدث بعد ذلك، فلا يرده المبتاع ولا يرد عوضًا عنه وإنما الصاع عوض عن لبن التصرية خاصة.

ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه لبن حلب بعد الشراء، فلم يرده المبتاع للرد بالعيب كاللبن الحادث بعد ذلك، وأما قوله: إن الحديث قد ضعفه ما جاء من أن الغلة بالضمان، فيحتاج إلى تأمل؛ لأن حديث المصراة حديث صحيح لا خلاف بين أهل الحديث فى صحته، ولا يجرى مجراه ما روى أن الغلة بالضمان، ولو صح حديث الغلة بالضمان لما كان فيه حجة، لأن حديث الغلة عام، وحديث المصراة خاص، فيقضى به على حديث الغلة مع أن الغلة إنما هى ما حدث عند المبتاع دون ما اشتراه مع البيع.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم عن مالك، فإنه يرد معه صاعًا لأن النبى ﷺ حكم به لرفع التخاصم فى ذلك لكثرة تردده وادعاء البائع من اللبن أكثر مما يظهره إليه المبتاع مع أنه لا يميز أحد اللبنين من الآخر لأنه يحدث بعد الشراء إلى وقت الحلب فى الأغلب ما لا يتميز من لبن التصرية، فحكم فى عوض ذلك النبى ﷺ بما رفع الخصام ويحسم الدعاوى، وهو صاع؛ لأنه أمر مقدر.

وهذا كما حكم النبى ﷺ فى الجنين بغرة لما كان لا يتميز غالبًا، ذكره من أنثاه، سواء كان الجنين ذكرًا أو أنثى، ولو كان حيًا لكان فى الأنثى نصف دية الآخر، وقضى فى جنين الأمة بعشر قيمة أمه، ولو ولدت الجنينين لتفاوتت قيمتهما.

فرع: وسواء كان المبيع شاة أو بقرة أو ناقة، فإن ابن القاسم، قال: لا يرد إلا صاعًا.

والأصل فى ذلك الحديث المذكور، وهو قوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن

ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»(*).

ولم يفرق بين الغنم والإبل، ونبه بذلك على البقر؛ لأن الغنم أطيب لبنًا، والإبل أكثر لبنًا، والبقر أكثر لبنًا من الغنم، وأطيب لبنًا من الإبل.

فرع: فإذا كانت الإبل والغنم عددًا.

قال الإمام القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: فقد وجدت لبعض شيوخنا الأندلسيين: يرد لجميعها صاعًا واحدًا، ولعله تعلق بظاهرالحديث: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فله أن يردها وصاعًا من تمر».

ولو قال قائل: إنه يرد مع كل واحدة صاعًا لرأيت له وجهًا.

فرع: وماذا يكون الصاع؟ قال ابن القاسم عن مالك: من غالب قوت البلد، وبه قال أبو علي عن أبي هريرة من أصحاب الشافعي. وقال زياد بن عبدالرحمن عن مالك: وجدته في كتابي: من اشترى شاة أو ناقة مصراة، فله إذا حلبها أن يردها ومكيلة ما حلب من اللبن تمرًا أو قيمته. وقال أكثر أصحاب الشافعي: لا يكون إلا من التمر. وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث: «وصاعًا من طعام».

ووجه ذلك على الرواية المشهورة في صاع التمر أنه خص التمر بالذكر؛ لأنه كان أغلب قوت ذلك البلد، فيجب أن يكون بغيره من البلاد غالب قوتهم كزكاة الفطر.

فرع: فإن أراد أحدهما أن يكون اللبن بدل الصاع لم يلزم الآخر، فإن اتفقا على ذلك، فقد قال ابن القاسم في المدونة: لا يجوز ذلك، واحتج بأني أخاف أن يكون من بيع الطعام قبل استيفائه؛ لأن النبي ﷺ فرض عليه صاعًا من تمر فصار ثمنًا، قد وجب للبائع، فلا يفسخه في اللبن قبل القبض.

ووجه آخر وهو أن الذي يجب رده ما كان موجودًا من اللبن حين البيع، وذلك لا يتميز من غيره، فلا يمكن رده. وقال سحنون: لا بأس؛ لأنه يكون إقالة، وما ذكرناه يمنع منه، والله أعلم.

(*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣٦٤.

١٣٦٥ - مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ النَّجْشِ[(١)].

قَالَ: وَالنَّجْشُ أَنْ تُعْطِيَهُ بِسِلْعَتِهِ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَلَيْسَ فِي نَفْسِكَ اشْتِرَاؤُهَا، فَيَقْتَدِي بِكَ غَيْرُكَ.

الشرح: نهيه عن النجش[(٢)] يقتضى فساده وتحريمه.

وقال مالك: إن معنى ذلك أن يعطى بسلعته من يريد منفعته أكثر من ثمنها، ولا يرد بذلك شراءها، ولعله قد وافقك على أن ما زدت غير لازم ليقتدى بك غيرك فيزيد بزيادتك أو ليبلغه من الثمن ما لولا زيادتك لم يبلغها لحاجته إليها وحرصه عليها.

وقال أهل اللغة: إن أصل النجش الاستثارة لشيء، ولذلك يقال للصائد ناجش لما كان يثير الصيد، فكان الزائد فى السلعة يثير غيره من المشترى للزيادة فيها، ويريهم الحرص عليها.

١٣٦٥ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢١٤٢. ومسلم فى البيوع ١٥١٦. والنسائى فى البيوع ٤٤٩٥، ٤٥٠٣. وابن ماجه فى التجارات ٢١٧٣. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٤٥١٧، ٥٢٨٢، ٥٨٢٨، ٦٤١٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠١/٨: هكذا روى هذا الحديث جماعة أصحاب مالك، عن مالك، وزاد القعنبى، وقال: وأحسبه قال: وأن تتلقى السلع، حتى يهبط بها إلى الأسواق، ولم يذكر غيره هذه الزيادة ورواه أبو يعقوب إسماعيل بن محمد قاضى المدائن، قال: أنبأنا يحيى ابن موسى البلخى، قال: أنبأنا عبدالله بن نافع، قال: حدثنى مالك بن أنس، عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن التحبير. والتحبير: أن يمدح الرجل سلعته بما ليس فيها، هكذا قال: التحبير، وفسره، ولم يتابع على هذا اللفظ، وإنما المعروف النجش.

(٢) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠١/٨: أما النجش فلا أعلم بين أهل العلم اختلافا فى أن معناه أن يعطى الرجل الذى قد دسه البائع وأمره فى السلعة عطاء لا يريد شراءها به فوق ثمنها ليغتر المشترى فيرغب فيها، أو يمدحها بما ليس فيها فيغتر المشترى، حتى يزيد فيها، أو يفعل ذلك بنفسه ليغر الناس فى سلعته، وهو لا يعرف أنه ربها.

وهذا معنى النجش عند أهل العلم، وإن كان لفظى ربما خالف شيئًا من ألفاظهم فإن كان ذلك فإنه غير مخالف لشيء من معانيهم، وهذا من فعل فاعله مكر وخداع، لا يجوز عند أحد من أهل العلم، لنهى رسول الله ﷺ عن النجش، وقوله: لا تناجشوا. وأجمعوا أن فاعله عاص لله إذا كان بالنهى عالمًا واختلف الفقهاء فى البيع على هذا إذا صح وعلم به. فقال مالك: لا يجوز النجش فى البيع، فمن اشترى سلعة منجوشة فهو بالخيار إذا علم، وهو عيب من العيوب.

مسألة: فإن وقع البيع على وجه النجش، ففى المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن علم بذلك المبتاع، فله أن يرده ما لم تفت، فإن فاتت، فله أن يأخذها بقيمتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به، فلا تزاد على ذلك.

وقال ابن حبيب: من دس من يزيد فى سلعته ليقتدى به، أن بيعه يفسخ، إلا أن يرضى بها المبتاع بالثمن، فإن فاتت فعليه القيمة إن ثبت أن هذا دسه البائع أو أحد سببه من ولده أو عبده أو شريكه أو من هو من ناحيته وإن لم يكن بسببه ولا أمره، فلا بأس به يريد أنه لا بأس به للبائع؛ لأن ذلك لم يكن عن اختياره، ولعله أراد لا بأس به إذا كان الزائد فى السلعة زاد على وجه الشراء والرغبة فيها لا على وجه النجش؛ لأن النجش إذا وجد، فقد وجد البيع على وجه الخلابة والغش للمبتاع، فلا يسوغ للبائع، وإن كان غيره قد صنع له ذلك بغير أمره.

مسألة: وأما الذى يقول: أعطيت بسلعتى كذا، فإن كان صادقًا، فلا بأس به إذا كان العطاء حديثًا. وأما إن كان العطاء قديمًا فكتم قدمه، والمبتاع يظنه حديثًا، فلا، وكذلك النجش، قاله مالك فى العتبية والموازية.

ووجه ذلك أنه إذا أعطيه بقرب المساومة، فهو صادق، ولا خلابة فى قوله، وإن كان قديم العطاء وتغيرت الأسواق، فهو نوع من النجش، وذلك غير جائز والنجش من جهته أن يكذب فى ذلك، ويقول: أعطيت فيها ما لم يعط.

مسألة: ولو قال المبتاع للبائع: ما أعطيت بسلعتك زدتك دينارًا، فقال: أعطانى بها فلان مائة، فزاده واحدًا، ثم قال فلان: ما أعطيته إلا تسعين.

قال مالك فى الموازية: يلزمه البيع، ولو شاء لثبت إلا أن تكون بينة حاضرة على إعطاء فلان دون ذلك، فيرد البيع إن شاء، ولا شىء على البائع، وكذلك لو قال: أعطيت بها مائة فصدقه، وزاده لزمه البيع. قال مالك فى العتبية: ولا يمين عليهما.

ووجه ذلك أنه صدقة، فلا يلزمه إنكار المساوم قبله؛ لأن البائع يقول: كره بيعى، فجحد ما أعطانى، فلا ينقض بيعه بذلك.

مسألة: وهذا فى زيادة الثمن، فأما فى نقصه، فمثل أن يقول المبتاع لرجل حاضر: كف عنى لا تزد علىَّ فى هذه السلعة، ففى كتاب محمد: لا بأس بذلك. فأما الأمر العام فلا يريد عندى والله أعلم، أن يقول ذلك لكل من يريد شرائها أو معظمهم، وأما الواحد الذى يخاف منه الزيادة فى ثمنها على قيمتها أو تبقى منافسة فيها، فلا بأس

بذلك. وكره أن يقول: كف عنى، ولك نصفها، ورآه من الدلسة. وكره للقوم يجتمعون للبيع، فيقولون: لا تزيدوا على كذا.

ووجه ذلك أنهم تواطؤا على أذى البائع وحط بعض ثمن سلعته وذلك ممنوع.

مسألة: ولو أن سلعة بين ثلاثة، فقال أحدهم لآخر: إذا تقاومناها، فاخرج منها بربح ليقتدى بك صاحبنا، والعبد بينى وبينك، ففعل، وثبت ذلك ببينة أو إقرار، ففى الواضحة والعتبية عن مالك: البيع مردود ولا يجوز. قال ابن حبيب: ولا يأخذ بهذا أصبغ، ولم يره من النجش، وبه أقول لأن صاحبه لم يرد أن يقتدى بزيادته إنما أمسك عن الزيادة لرخصه على نفسه وصاحبه، فلا بأس بذلك.

وجه القول الأول أن هذا معنى فعله ليقتدى به فى ثمن المبيع كالنجش.

* * *

جامع البيوع

١٣٦٦ – مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ رَجُلا ذَكَرَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لا خِلابَةَ». قَالَ: فَكَانَ الرَّجُلُ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ: لا خِلابَةَ.

الشرح: قوله: «**إن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع**» يقال إنه منقذ ابن عمرو الأنصارى المازنى جد واسع بن حبان، وكان سبب ذلك أنه أصابته فى رأسه فى الجاهلية مأمومة، فغيرت لسانه، وغيرت بعض ميزه، وقد قيل إن حبان بن منقذ هو الذى كان يخدع فى البيوع، فقال له رسول الله ﷺ: «بع وقل: لا خلابة وأنت بالخيار».

وقد قال بعض الناس: إن هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص على البيع وضعفه عن التحرز فيه. وقد روى القاضى أبو محمد فى إشرافه: إذا تبايع الناس بما لا يتغابن الناس بمثله فى العادة، وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع، فاختلف أصحابنا، فمنهم من يقول: لا خيار له، وبه قال أبو حنيفة والشافعى. ومنهم من يقول: له الخيار إذا زاد على الثلث، وأخرج عن العادة والمتعارف فيه.

١٣٦٦ – أخرجه البخارى فى البيوع ٢١١٧. ومسلم فى البيوع ١٥٣٣. والنسائى فى البيوع ٤٤٨٢. وأبو داود فى البيوع ٣٥٠٠. وأحمد فى مسند المكثرين من الصحابة ٥٢٤٩، ٥٣٨٢، ٥٤٩١، ٦٠٩٩.

قال: والدليل على هذا القول نهيه ﷺ عن إضاعة المال، ومن باع ما يساوى عشرة دنانير بدرهم، فقد أضاع ماله كما أن من اشترى ما يساوى درهمًا بعشرة دنانير، فقد أضاع ماله. قال: ونهيه ﷺ عن تلقى السلع.

ومن جهة المعنى أن هذا المعنى هذا نوع من الغبن فى الأثمان، فكان مؤثرًا فى الخيار كالعيب، فعلى هذا يكون حكم الحديث عامًا فى كل أحد على مثل حاله.

وإنما كان معنى قول حبان بن منقذ: لا خلابة، على وجه الإعلام منه بأنه لا يخبر الأثمان، وعلى وجه الإعلام للناس بهذا الحكم، وأنه لا تنفذ خلابة الخالب على مغبون مستسلم.

وقال ابن حبيب فى واضحته: لو أن أحد المتبايعين من جهلة البيع باع أو اشترى ما يساوى مائة درهم بدرهم لزمهما.

ووجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه نهى أن يبيع حاضر لباد.

قال القاضى، رضى الله عنه: ويحتمل عندى ابتياعه على المرابحة فيكون قول: لا خلابة، لمن يزيد عليه فى الشراء، وهذا حكم عام إن من اشترى مرابحة، فزيد عليه فى الثمن أنه بالخيار.

ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار، وأنه كان يشترطه، ويقول مع ذلك:لا خلابة، بمعنى اشتراط الخيار يتحرز من استخداعه.

وقد روى ابن إسحاق، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال له: «بع وقل: لا خلابة، وأنت بالخيار ثلاثة» ولا يحتج برواية ابن إسحاق، ويحتمل أن يكون النبى ﷺ حكم له بهذا، وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار، وأعلم الناس بذلك، وأمره أن يذكر حكمه بقوله: لا خلابة.

ويحتمل أن يكون النبى ﷺ يأمره أن يقول: لا خلابة، على وجه الإعذار إلى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين لا ليكون له الخيار إن خدع، ولكن لئلا يقدم على خديعته من يأثم به، وكان قليلاً فى ذلك الزمن.

ويحتمل أن يريد به لا خلابة فى صفة النقد، وفى وفاء الوزنز والكيل واستيفائهما، فمن غبنه فى شىء من ذلك كان له الرجوع عليه، وهذه حالة جميع الناس.

فصل: وقوله: «**قل: لا خلابة**» الخلابة الخداع، وليس من الخداع أن يبيع البائع

بالغلاء أو يشترى المشترى برخص، وإنما الخلابة أن يكتمه عيبا فيها، ويقول: إنها تساوى أكثر من قيمتها، وأنه قد أعطى فيها أكثر مما أعطى بها.

وقد روى حكيم بن حزام عن النبى ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإن صدقا وبينا، بورك لهما، وإن كذبا وكتما، محقت بركة بيعهما»(*). ولذلك نهى رسول الله ﷺ عن النجش؛ لأنه من باب الخديعة فى البيع وإظهار الناجش للمبتاع أن قيمتها أكثر من قيمتها وأنه يريد أن يبتاعها.

١٣٦٧ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ يَقُولُ: إِذَا جِئْتَ أَرْضًا يُوفُونَ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ، فَأَطِلِ الْمُقَامَ بِهَا، وَإِذَا جِئْتَ أَرْضًا يُنَقِّصُونَ الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ، فَأَقْلِلِ الْمُقَامَ بِهَا.

الشرح: قوله: **«إذا جئت أرضًا يوفون المكيال والميزان، فأطل المقام»** يحتمل وجهين، أحدهما: أن يبارك لهم فيما يكيلونه ويزنونه، فمن أطال المقام بها ناله من بركة عملهم، وبورك له إذا عمل بعملهم كما يبارك لهم. والوجه الآخر: أن يكون الخير والعدل شائعًا عندهم؛ لأن الكيل والميزان إذا كان جاريًا على ما أمر الله به من توفية الحق وظهوره حتى يعم جميعهم، فإن الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب ذلك.

فصل: وقوله: **«إذا جئت أرضًا ينقصون المكيال والميزان، فأقلل المقام بها»** يحتمل أيضًا وجهين، أحدهما: أن هذه عقوبة قد عاقب الله تعالى من أجلها أممًا وأهلكهم بسببها، فحذر المقام ببلد يكون هذا فيهم، ويشيع فى أسواقهم، وحذر أن يصيبهم بعذاب من عنده، فيناله معهم ما يذهب من بركة ماله، ويصرفه بالبيع والشراء.

والوجه الثانى: أن النقص فى ذلك يذهب بركة البيع، فلا حظ لهم فى المقام فيه، وقد قال تعالى: **﴿ويل للمطففين الذين إذا كتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو**

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٧٩، ٢٠٨٢، ٢١٠٨، ٢١٠٩، ٢١١٠، ٢١١٤. مسلم حديث رقم ١٥٣١، ١٥٣٢. الترمذى حديث رقم ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٧٠. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٤٥٧، ٤٤٦٤، ٤٤٦٦. أبو داود حديث رقم ٣٤٥٩. ابن ماجه حديث رقم ٢١٨٢. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٨٩٠، ١٤٨٩٨، ١٤٩٠٠، ١٤٩٠١، الدارمى حديث رقم ٢٥٤٧.

١٣٦٧ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٥٦.

وزنوهم يخسرون﴾ [المطففين: ١ - ٣] وقال تعالى ما قال رسوله شعيب لقومه فقال: **﴿ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا فى الأرض مفسدين﴾** [هود: ٨٥].

وعلى كل وجه فإن ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته، وقد قالت أم سلمة: «يا رسول الله، أنهلك وفينا الصالحون؟ قال: نعم، إذا كثر الخبث»(*) فهذا مع الصالحين فكيف مع قلتهم أو مع عدمهم، نسأل الله أن يتجاوز عنا بفضله ويتغمد زللنا برحمته.

١٣٦٨ - قال مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ أَنَّهُ سَمِعَ مُحَمَّدَ بْنَ الْمُنْكَدِرِ يَقُولُ: أَحَبَّ اللَّهُ عَبْدًا سَمْحًا إِنْ بَاعَ، سَمْحًا إِنِ ابْتَاعَ، سَمْحًا إِنْ قَضَى، سَمْحًا إِنِ اقْتَضَى.

الشرح: قوله: «**أحب الله عبدًا سمحًا إن باع سمحًا إن ابتاع**» يريد والله أعلم، بالسماحة من جهة البائع المسامحة فى الثمن، وذلك بأن يأخذ القيمة ولا يشطط بطلب أكثر منها ويتجاوز فى النقد وأن ينظر بالثمن.

وقد روى ربعى بن خراش عن حذيفة قال: قال النبى ﷺ: «تلقت الملائكة لروح رجل ممن كان قبلكم فقالوا: عملت من الخير شيئًا؟ قال: كنت أنظر الموسر، وأتجاوز عن المعسر، قال: فتجاوز الله عنه»(*).

وفى الواضحة: تستحب المسامحة فى البيع والشراء، وليس هو ترك المكايسة فيه إنما

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٣٤٦، ٣٥٩٨، ٧٠٥٩. مسلم حديث رقم ٢٨٨٠. الترمذى حديث رقم ٢١٨٥. ابن ماجه حديث رقم ٣٩٥٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٦٨٦٧، ٢٦٨٦٨، ٢٦٨٧٠.

١٣٦٨ - أخرجه البخارى مرفوعًا ١٢١/٣ كتاب البيوع باب السهولة والسماحة فى الشراء والبيع، عن جابر. وذكره فى الكنز برقم ٩٤٢٤ وعزاه السيوطى للبيهقى فى شعب الإيمان، عن أبى هريرة.

وقال ابن عبدالبر فى التمهيد ٢٠٨/٨: لم يختلف على مالك فى هذا الحديث أنه موقوف على ابن المنكدر، وكذلك رواه أكثر أصحاب ابن المنكدر. ورواه محمد بن مطرف أبو غسان المدنى، عن ابن المنكدر، عن جابر، عن النبى ﷺ. وروى عن عثمان موقوفًا عليه، ومرفوعًا عنه أيضا، عن النبى ﷺ وروى عن أبى هريرة، عن النبى ﷺ.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٧٧، ، ٣٤٥٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٢٨٤٣.

هى ترك المواربة والمضاجرة والكزازة والرضا بالإحسان ويسير الربح وحسن الطلب بالثمن. قال: ويكره المدح والذم فى التبايع ولا يفسخ به، يؤثم فاعله لشبهه بالخديعة ومن المكروه الخديعة فيه الإلغاز باليمين، وقد نهى عن ذلك عمر، والحلف فيه مكروه، وإن لم يلغز. وروى أن البركة ترفع منه باليمين.

والمسامحة من المبتاع فى أن يقضى أفضل مما يجد، ولذلك قال ﷺ: «فإن أفضلكم أحسنكم قضاء»(*) ويعجل القضاء ولا يبلغ المطل فهو قوله: سمحا إن قضى ولا يعنف فى سرعة الاقتضاء، والله أعلم، وهذا الذى أورده مالك من قول ابن المنكدر قد أورده الحافظ، رواه محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبدالله أن رسول الله ﷺ قال: «رحم الله رجلاً سمحًا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى»(*). أخرجه البخارى من حديث على بن عباس.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يَشْتَرِى الإبِلَ أَوِ الْغَنَمَ أَوِ الْبَزَّ أَوِ الرَّقِيقَ أَوْ شَيْئًا مِنَ الْعُرُوضِ جِزَافًا: إِنَّهُ لا يَكُونُ الْجِزَافُ فِى شَيْءٍ مِمَّا يُعَدُّ عَدًّا(١).

الشرح: وهذا على ما قال أنه قال: لا يباع شيء مما ذكرنا جزافًا، ولا نعلم فى ذلك خلافًا بين العلماء غير أن قوله: **«ولا يكون الجزاف فى شىء مما يعد عدا»** يحتاج إلى تفسير، وذلك أن ما يعد عددًا ينقسم على قسمين، قسم تختلف صفاته كالخيل والإبل والغنم والرقيق وسائر الحيوان والثياب والعروض، فإن هذا لا يكاد جملة منها تتفق آحادها، فهذا لا يجوز بيعه جزافًا.

وأما القسم الثانى، فلا تختلف صفاته على الوجه الذى ذكرناه كالجوز والبيض، فهذا إذا وجدت منه جملة، فأكثرها تتفق صفات آحادها فى المقصود منها، فهذا يجوز بيعه على الجزاف مع كونه معدودًا.

وقد قال القاضى أبو محمد: يجوز الجزاف فى كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٠٥، ٢٣٠٦، ٢٣٩٠، ٢٣٩٣، ٢٦٠٦، ٢٦٠٩. مسلم حديث رقم ١٦٠١. الترمذى حديث رقم ١٣١٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦١٨، ٤٦٩٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٨٨٦٢، ٩١٤٢، ٩٥٧٠، ٩٨١٤.

(*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٠٧٦. الترمذى حديث رقم ١٣٢٠. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٠٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٤٢٤٨.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٧/٢١.

أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض فى مبلغه دون أعيانه، ولا آحاده، وأما ما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض فى أعيانه كالخيل والرقيق والثياب، فلا يجوز فيه الجزاف؛ لأن آحادها تحتاج أن تفرد بالنظر إليها والمعرفة بصفتها وقيمتها فى نفسها.

فوجه قول مالك، لا يكون الجزاف فيما يعد عددًا، يريد بذلك ما الغالب من أمره أن يسهل عدده لقلته، ولا يقدر بكيل ولا وزن، ولكنه لسبب علة منع الجزاف فيه إلا ما تقدم من اختلاف صفاته، وتفاوت قيمته فى الأغلب، ومعنى قول القاضى أبى محمد إن الجزاف يجوز فى المعدود كما يجوز فى المكيل والموزون، يريد المعدود الذى يتعذر مبلغه بالعدد كما يتعذر المكيل بالكيل والموزون بالوزن، ولا يقدر له غير ذلك.

وأما الخيل وسائر الحيوان والعروض، فليس لها قدر تتقدر به، وإنما اشترى كل واحد منهما لنفسه، وإن بيعت الخيل وشقق الكتان إذا كثرت بالعدد، فليس كذلك لأن العدد مقدار لها، وإنما ذلك يشق تقدير ثمن كل واحد منها، فيجعل لها ثمن واحد ويكون زيادة ثمن بعضها بنقصان ثمن غيرها، وذلك لا يكون إلا بعد وزنه جميعًا.

والفرق بين هذا المعدود وبين ما تقدم أن ما تقدم لا يتفاوت قيم آحاده، فإنما يكون الغرر فى مبلغه والحيوان والعرض يتفاوت قيم آحاده، فيكثر الغرر فى الجملة من وجهين، أحدهما: من جهة مبلغها ومنتهى عددها. والثانية: من وجه اختلاف صفتها، فإنه لا يعلم كم فى تلك الجملة من الجيد، ولا من الدنىء، فمنع الجزاف فى الطعام بالطعام بما يغنى عن إعادته، والله الموفق بالصواب.

قَالَ مَالِك فِى الرَّجُلِ يُعْطِى الرَّجُلَ السِّلْعَةَ يَبِيعُهَا لَهُ، وَقَدْ قَوَّمَهَا صَاحِبُهَا قِيمَةً، فَقَالَ: إِنْ بِعْتَهَا بِهَذَا الثَّمَنِ الَّذِى أَمَرْتُكَ بِهِ، فَلَكَ دِينَارٌ أَوْ شَىْءٌ يُسَمِّيهِ لَهُ يَتَرَاضَيَانِ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَبِعْهَا فَلَيْسَ لَكَ شَىْءٌ: إِنَّهُ لا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا سَمَّى ثَمَنًا يَبِيعُهَا بِهِ، وَسَمَّى أَجْرًا مَعْلُومًا إِذَا بَاعَ أَخَذَهُ، وَإِنْ لَمْ يَبِعْ فَلا شَىْءَ لَهُ[1].

قال مالك: وَمِثْلُ ذَلِكَ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ إِنْ قَدَرْتَ عَلَى غُلامِى الآبِقِ أَوْ جِئْتَ بِجَمَلِى الشَّارِدِ، فَلَكَ كَذَا وَكَذَا، فَهَذَا مِنْ بَابِ الْجُعْلِ، وَلَيْسَ مِنْ بَابِ الإِجَارَةِ، وَلَوْ كَانَ مِنْ بَابِ الإِجَارَةِ، لَمْ يَصْلُحْ[2].

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١٠٩.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١١٠، وقال: الأصل فى جواز الجعل قول الله عز وجل: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾. وما أجمع عليه الجمهور من جواز الجعل فى الإتيان بالآباق،=

الشرح: وهذا على ما قال أن من أعطى لرجل سلعته، وقال له: إن بعتها بثمن كذا فلك دينار، فإنه جائز بينهما، وهذا من باب الجعل. والأصل في جوازه قوله تعالى: ﴿قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] ومن شرط الجعل أن يكون غير مؤجل، رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك.

ووجه ذلك أنه غير لازم للعامل، فلو ضرب له أجل، اقتضى ذلك اللزوم، وإنما يتقدر عمل الجعل بتمام العمل الذى يستحق العامل الجعل بتمامه كقوله: إن بعت لى هذا الثوب بكذا، فلك دينار، أو إن بعته، فلك دينار، ولا يسمى ثمنًا وإن جئتنى بعبدى الآبق أو ببعيرى الشارد، فلك دينار.

مسألة: ولا يجوز الجعل فى عمل إن ترك العمل بقى للجاعل فيه ما ينتفع به. قال ابن حبيب: فلا يجوز أن يقول إن عملت لى شهرًا، فلك كذا وإلا فلا شىء لك، وما يعمل فيه المجعول له على ضربين، أحدهما: أن يعمل فى غير ملك الجاعل. والثانى: أن يعمل فى ملكه، فإن كان يعمل فى غير ملكه مثل أن يجعل له جعلاً فى رد عبده الآبق أو جمله الشارد أو يحفر له بئرًا فى غير أرضه، فقد قال ابن حبيب: يجوز الجعل فى مثل هذا على ما قلّ وكثر لأن العامل إذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شىء.

وأما الضرب الثانى: وهو أن يعمل فى ملك الجاعل وذلك مثل أن يجعل له جعلاً على أن يحفر له بئرًا فى أرضه، فلا يجوز على وجه العمل؛ لأن الجعل مبنى على أنه لا يلزم العامل إتمام العمل لما فيه من الغرر، فإذا حفر فى ملك الجاعل ثم تركه قبل أن يكمله انتفع الجاعل مما عمله دون عوض، فلم يجز ذلك.

وقد اختلف قول مالك فى الجعل يجعل للخصم على إدراك ما يخاصم عنه فيه، وللطبيب على إبراء العليل، وقال فى المدونة: لا يجوز. وقال سحنون: وقد روى أنه عنده جائز مثل أن يجعل له جعلاً على بيع ثياب أو رقيق، فقد قال مالك فى المدونة: لا يجوز ذلك إلا فيما قل دون ما كثر، وجوز مالك الجعل فى شراء كثير الثياب فى المدونة.

=والضلول. وكذلك إذا قال له: إن بعت لى سلعتى هذا بكذا، فلك كذا، أو إلا، فلا شىء لك، لأن عمله ونصبه وتعبه فى طلب ذلك الثمن فى سلعة كنصبه فى طلب الآبق، والضالة فإن وجده حصل على ما جعل له، وإلا فلا.

ووجه ذلك أنه كلما اشترى شيئًا كان له من الجعل بحسابه، ولو كان مثل هذا فى البيع لجاز، وقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك أنه إن اعطاه ثيابًا، وقال: كما بعت لى ثلاثة أثواب، فلك كذا، إنه جائز.

وقد روى أيضًا عن مالك فى الذى يجعل له فى الرقيق يصيح عليهم، وله فى كل رأس يبيع درهم، ولا شىء له إن لم يبع لا يصلح. قال محمد: لأنهم قصدوا بيع الجملة، ولو قال: على أن تبيع منهم من شئت لجاز، وكذلك الثياب، ومثله فى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك، فهذا وجه المسألة عندى، وإنما منع من ذلك فيمن لا يكون له شىء من الجعل حتى يبيع جميعها، ولو شرط مثل هذا أن يشترى له مائة ثوب، وله دينار ولا شىء له إن لم يشتر جميعها، لم يجز ذلك، وإنما يفترقان فى إطلاق العقد، فالبيع يقتضى أن لا شىء له إلا بشرط، والشراء يقتضى أن له بحساب ما يشترى، وذلك عرف جار بينهم مع أن جميع البيع معين، ولا يصح ذلك فيما يشترى فى الأغلب.

مسألة: ومن شرط الجعل أن لا ينقد الجعل، وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك: لا يصح الأجل فى الجعل ولا النقد. قال ابن حبيب: إلا أن تتطوع به.

ووجه ذلك أنه قد لا يتم ما جعل له عليه، فيرد ما قبض، وقد يتم فيصير له، فتارة يكون جعلاً، وتارة يكون سلفًا، وذلك يمنع صحته.

مسألة: ومن شرطه أن لا يكون لازمًا للعامل، وله أن يترك متى شاء قبل العمل، وبعده قاله مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أنه يكثر الغرر فى العمل ويتفاوت، فلو لزمه رد الآبق على كل حال ورد البعير الشارد لتعذر عليه العمل، وعظمت فيه المشقة مما لم يظهر له قبل أن يشرع فى العمل، فكان له أن يترك متى شاء، ولا يلزم الجاعل بنفس العقد، ويلزمه إذا شرع العامل فى العمل.

قال سحنون فى العتبية: إذا شرع العامل فى العمل لم يكن للجاعل إخراجه، وللمجعول له أن يخرج متى شاء، ولو جعل له جعلاً فى رد آبق ثم أعتقه، فإن أعتقه بعد أن عمل وشخص فيه، فله جميع الجعل، وإن لم يعمل شيئًا، ولا شخص، فلا شىء له، قاله أصبغ.

وهذا على ما قدمناه، وفى الموازية، قال عبدالملك: من جعل فى آبق جعلاً ثم

أعتقه، فلا شيء فيه لمن وجده بعد ذلك، وإن لم يعلم بالعتق، ولو أعتقه بعد أن وجده بعد، فله جعله، فإن كان الجاعل عديمًا، فذلك فى رقبة العبد لأن بالقبض وجب له الجعل.

قال أحمد بن ميسر: إن كان العتق بعد القدوم فكما قال، وإن أعتقه بعد علمه أن وجده لزمه جعله، وإن لم يجد عبده، لم يصح عتق العبد حتى يأخذ جعله مبدأ على الغرماء كالرهن.

مسألة: ومن شرطه أن يكون الجعل غير معين أو يكون عينًا لا يسرع إليه التغير، فمن قال: من جاءنى بعبدى الآبق، فله هذه الدنانير أو هذا الثوب، فجائز ولا خير فى أن يقول له: هذا العبد أو هذه الدابة لأن ذلك يتغير وتسرع الحوادث إليه، قاله مالك فى الموازية.

مسألة: ومن شرطه أن لا يكون له شيء إن لم يأت بما جعل له عليه الجعل، قال مالك فى الموازية: والجعل الجائز أن يقول إن لم يبع أو لم يجد، فلا شيء له.

ووجهه أنه إذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل، ففيه غرر كثير مستغنى عنه، فعاد ذلك بفساد العقد.

فرع: وإذا عقد، وقع عقد الجعل على وجه الفساد، ففى المدونة عن مالك فيمن قال: إن جئتنى بعبدى الآبق، فلك نصفه، فإن جاء، فله أجرة مثله، وإن لم يأت به فلا جعل له، ولا إجارة، والذى روى ابن حبيب عن مالك فى هذه المسألة: إن جاء به فله جعل مثله، وإن لم يأت به فلا شيء له.

وقد قال ابن المواز: إن فى الجعل الفاسد إجارة المثل. والفرق بين الجعل والإجارة، أن الجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول، فإنما له فى ذلك ما يجعل على مثل المجهول فيه على الوجه الذى علم من حاله أو ظهر منها يوم الجعل، ولا ينظر إلى ما كان بعد ذلك من مشقة عمل أو كثرته أو قلته أو خفته، والإجارة إنما تكون فى عمل معلوم، فإذا عمل كان له من الأجر بحساب ما عمل دون ما كان عقد عليه يوم العقد، لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل لم يكن له شيء إن لم يأت به، لأنه على ذلك دخل، وإن أتى به كان له أجر مثله على قدر نصيبه وتعبه وطول مسافة طلبه.

فوجه القول الأول، أن العقد إذا تنوع إلى صحة وفساد، فإن فاسده يرد إلى صحيحه، ولا ينقل إلى غيره من العقود كالبيوع.

ووجه القول الثانى أن الإجارة هى الأصل، وإنما جوز الجعل فى العمل المجهول والغرر للضرورة، ولذلك كان عقدًا غير لازم للعامل، فإذا وقع فاسدًا، وفات رد إلى الإجارة التى هى الأصل، وقد وقع مثل هذا الاختلاف لأصحابنا فى القراض الفاسد يرد إلى قراض المثل، وإلى أجر المثل، والله أعلم.

فرع: وقد قال ابن القاسم فى العتبية والواضحة فى الذى يقول: من جاءنى بعبدى الآبق، فله هذه الدابة: إن وجده، فله جعل مثله، وإن لم يجد فله أجر مثله. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: جاء به أو لم يجئ به، فله أجر مثله، إذا شخص فيه، فيجىء على مثل هذا بين الجعل والإجارة فرق آخر، وهو أن جعل مثله إنما يكون له جعل مثله على حسب ما يجعل لمثله فى عنائه ونهضته ومعرفته ونفوذه فى مثل رد ذلك الآبق إن جاء به، وإن لم يأت به لم يكن له شىء.

وأما أجر المثل، فإنه يكون له أجر مثله، سواء جاء بما استؤجر عليه أو لم يأت؛ لأن ذلك مقتضى الإجارة وقد قال ابن القاسم فى المدونة فيمن استاجر رجلاً يبيع له ثوابًا بدرهم شهرًا: إن ذلك جائز إذا كان إن باع قبل تمام الشهر أخذ من الأجر بحساب ما عمل من الشهر، وإن انقضى الشهر، وهو بسوقه ولم يبلغه، فله جميع الأجر، وهو كله قول مالك، ووجهه ما تقدم.

قال مالك: فَأَمَّا الرَّجُلُ يُعْطَى السِّلْعَةَ، فَيُقَالُ لَهُ: بِعْهَا وَلَكَ كَذَا وَكَذَا فِى كُلِّ دِينَارٍ لِشَىْءٍ يُسَمِّيهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لا يَصْلُحُ؛ لأَنَّهُ كُلَّمَا نَقَصَ دِينَارٌ مِنْ ثَمَنِ السِّلْعَةِ نَقَصَ مِنْ حَقِّهِ الَّذِى سَمَّى لَهُ، فَهَذَا غَرَرٌ لا يَدْرِى كَمْ جَعَلَ لَهُ(١).

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن قال لرجل: بع لى ثوبى، ولك من كل دينار جزء منه أو درهم، لم يجز، لأنه لم يسم ثمنًا يبيعه به، وإذا لم يكن الثمن معلومًا كان جعل العامل مجهولاً، ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولاً لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك، وإنما جاز، يكون العمل مجهولاً للضرورة، الداعية إلى ذلك.

وأيضًا فإن العمل لما كان مجهولاً كان العامل بالخيار فى تركه متى شاء، فتقل مضرته لأنه إذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك والجعل فى جنبة الجاعل لازم، فلا يصح أن يكون مجهولاً لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره إذا شاء.

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/١١٠.

فرع: فإن باع على ذلك، فله جعل مثله، وإن لم يبلغ، فلا شيء له. رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ. ولو قال: إن بعته بعشر، فلك من عدد دينار ربعه أو عشره أو لك منه درهم، جاز لأن الجعل حصل معلومًا، فذلك جائز فيه.

فرع: وإن باع بأكثر من عشرة، ففي العتبية لابن القاسم: ليس له إلا سدس العشرة.

ووجه ذلك أنه جعل جعله الجزء المسمى من العشرة، فما زاد من الثمن، فذلك سواء لأنه لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الأجرة، وكذلك لو قال: بع هذا الثوب ولك درهم أو دينار كان كما قدمناه، والله أعلم.

مسألة: ولو قال: إن بعت هذا الثوب، فلك درهم، وإن لم تبعه، فلك درهم، قال ابن المواز: هي إجارة وهي جائزة إن ضرب لها أجلاً.

ووجه ذلك أن الدرهم لزمهم باع أو لم يبع، فإن لم يضرب للعمل أجلاً كان على نهاية الغرر؛ لأنه يعرضه ثم يرده إليه، وقد استوجب الدرهم.

مسألة: ولو قال: إن بعته، فلك درهم وإن لم تبعه، فلك نصف درهم، لم يجز، وهاتان إجارتان في إجارة، ولا يجوز أن يقول له: بعه فما زاد على العشرة دراهم، فلك لأن الجعل مجهول قد دخله الغرر، قاله مالك.

مسألة: ولو قال: إن بعت اليوم هذا الثوب، فلك درهم، ففي الموازية والواضحة: لا يجوز على الإطلاق وفي المدونة لا خير فيه إلا أن يشترط أنه متى شاء أن يتركه، تركه. وقد قال في مثل هذا، أراه جائزًا، وهو جل قوله الذي يعتمد عليه.

وجه القول الأول ما احتج به من أن الجعل لا يجوز أن يكون لازمًا، وهذا إن لزمه العمل، فعمل يومه أجمع، ولم يبعه، فلا شيء له، ولو باعه في بعض النهار، سقط عنه عمل سائر النهار يشير إلى الغرر مع اللزوم.

ومعنى المسألة عندي أن العمل في الجعل والإجارة يتقدر بأمرين، أحدهما: بالعمل، والثاني: بالزمن، فإذا تقدر بالعمل في الجعل والإجارة، جاز. وإذا تقدر بالزمن، جاز في الإجارة.

وأما في الجعل، ففيه نظر؛ لأنه إن كان على معنى اللزوم، فقد خالف حكم الجعل لأنه مبني على الجواز، ومتى فاته اللزوم، وإن كان على معنى الجواز، وأنه متى شاء أن يترك في المدة، فلا يفسد من هذا الوجه، لكنه يراعي العمل بعد الزمن، فإن كان للعامل العمل بعد ذلك الزمن حتى يكمل ويستوفي جعله، فذلك جائز.

وقد بطل التوقيت بالزمن، وإن لم يكن له أن يعمل بعد ما قدر من الزمن، فلا يجوز أيضًا؛ لأنه يعمل جميع المدة فينتفع الجاعل بعمله، ثم يمنع إتمام العمل، فذهب عمله بطلاً، ولذلك قال ابن المواز وابن حبيب فى هذه المسألة: لا يجوز إلا أن يترك متى شاء فى اليوم وبعده.

ووجه القول الثانى أن العمل إذا كان من الغلة بحيث يتيقن أنه يمكن غالبًا إكماله فيما تعلق به من الزمن، جاز، وليس على وجه التقرير بالزمن، وإنما هو على وجه تعليقه بزمن ينقضى فيه العمل مثل أن يقول له: لك درهم على أن تأتينى فى كل يوم من هذا الشهر بقلة من ماء من هذا النهر، جاز؛ لأنه لا يتقدر العمل باليوم، وإنما يتقدر بالإتيان بالقلة من الموضع القريب الذى يمكنه أن يأتى فى ساعة من ساعات النهار منه بأمثال ذلك، وإنما علق ذلك باليوم لئلا يأتيه فى يوم واحد أو يؤخر إيتانه بها عن تلك المدة.

وفى المدونة: من استأجر ثورًا يطحن له كل يوم أردبين، فوجده يطحن أردبًا واحدًا، رده، فظاهر هذا تجويزه.

وروى عن ابن عبدوس عن سحنون: إنما سئل مالك فى الفرانين يستأجرون الأجراء، ويطرحون عليهم كل يوم طريحة معلومة يستأجر الأجير شهرًا، يعمل كل يوم طريحة معلومة بما يعلم أنه يفرغ كل يوم، ولا يحتمل لذلك النظر؛ لأن الطريحة أمد واليوم أمد، فلا يجتمعان فى عقد، وكذلك الذى يستأجر الرجل يحمله إلى مصر، فلا ينبغى أن يشترط عليه فى ذلك أمدًا.

وقول سحنون هذا معناه أن ما ضرب من الزمن على سبيل التقدير للعمل لا يصلح أن يجتمع مع تقدير العمل بنفسه، وما لم يكن على وجه التقدير، وإنما هو على معنى التراضى لا يكون من العمل الذى هو أمد، فلا يمنع صحة ذلك العقد لمعرفتهما بالتمكن من الفراغ منه مع الرفق، ويتفق ذلك على كل حال، فصار ذلك كالوصف لعمله، ومقدار نهضته فيه، فإنما يجوز ذكر الزمن، ووصف مقدار العمل فى الإجارة على هذا الوجه.

وقد قال مالك فى الذى يقول للرجل: ابتع لى هذه السلعة الكثيرة إلى أجل كذا، ولى كذا على أنى متى شئت تركت أنه لا بأس به إن لم ينقد، وإن نقد، فلا خير فيه؛ لأن الخيار لا يصلح فيه النقد، ولم تقع الإجارة على وجه الجعل، وإنما وقعت إجارة

لازمة شرط فيها الخيار، فاقتضى إطلاق مسألة المدونة فى قوله: إن بعت هذا الثوب اليوم، فلك درهم، ولك أن تترك متى شئت، أنه ليس من باب الجعل، وإنما هو باب الإجارة على شرط الخيار للعامل، فإن باع فى بعض اليوم، فيجب أن يكون له من الأجر بحسابه، وإن انقضى اليوم، وهو محاول البيع، ولم يبع، فله الدرهم كاملاً.

وأما على قول ابن حبيب وابن المواز، أنه يكون له الخيار فى اليوم وبعده، فإنه على وجه الجعل، فإن عمل يومه ذلك وما بعده ولم يبعه، فلا شىء له، وإن باعه فى أول ذلك اليوم، فله الجعل أجمع، والله أعلم.

١٣٦٩ - مَالِك عَنِ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَكَارَى الدَّابَّةَ ثُمَّ يُكْرِيهَا بِأَكْثَرَ مِمَّا تَكَارَاهَا بِهِ، فَقَالَ: لا بَأْسَ بِذَلِكَ[١].

الشرح: قوله فى الذى يكترى الدابة: «**له أن يكريها بأكثر مما اكتراها به قبل القبض وبعده**» وبهذا قال مالك والشافعى وطاوس وجماعة من العلماء. قال القاضى أبو محمد: له أن يكريها بمثل ما أكرها به، وأقل وأكثر لأنه عاوض على ملكه كبائع الأعيان.

١٣٦٩ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٥٨.

(١) قال فى الاستذكار ٢١/١١٢ - ١١٥: هذا موضع اختلف فيه الخلف والسلف، فيمن أجاز ذلك: فقال مالك: قد ملك المكترى بالعقد منافع الأصل الذى اكترى، فله التصرف فيه كيف شاء، ويملك المكترى ثمن ما يقبض من ذلك، ويتصرف فيه تصرف المالك بلا اختلاف فى ذلك. فكذلك المكترى، والمستأجر، لما يستأجره يتصرف فيه، ويكريه بما شاء من زيادة، أو نقصان.

قال الشافعى: الإجارات صنف من البيوع، يملك كل واحد منهما ما يجب له من غير منفعة فى الدار، والعبد، والدابة إلى المدة التى اشترط، ويكون أحق بها من ملك أصلها، فهى كالعين المبيعة المقبوضة إذا قبض الأصل الذى تطرأ منه المنفعة، ولو كان حكمها خالف العين كانت فى حكم الدين، فلم يجز أن يكترى بالدين، لأنه كان يكون حينئذ دينا بدين، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الدين بالدين.

قال أبو عمر: وأما من كره أن يستأجر الرجل الدار، أو الدابة، ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به، فإنه جعل ذلك من باب ربح ما لم يضمن؛ لأن ضمان الأصل من المؤاجر صاحب الأصل، لا من المستأجر.

قال أبو حنيفة، وأصحابه: من استأجر دارًا، أو دابة، فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها، وليس له بعد قبضه إياها أن يؤاجراها بأكثر مما استأجرها به، فإن فعل ذلك كانت الأجرة له، وأمر أن يتصدق بفضلها عما استأجرها به.

وقال أبو حنيفة: من استأجر دارًا أو دابة، فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها، وليس له بعد قبضها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، وبه قال ابن سيرين والنخعي والشعبي.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز إجارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بدل منافعه كالدور والعبيد والدواب والثياب وغير ذلك من المواعين. وأما ما لا يعرف بعينه كالمكيل والموزون، فلا يصح إجارته.

قال القاضي أبو محمد: وإجارته قرضه والأجرة ساقطة عن مستأجره، وهذا قول ابن القاسم، وكان شيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح، وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضرًا معه.

وجه قول ابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان دون الأعيان، وإذا كانت الدنانير والدراهم والمكيل والموزون لا يصح الانتفاع به مع بقاء العين لم يصح أن يستأجر.

ووجه القول الثاني أن الانتفاع بها ممكن مع بقاء عينه بأن يضعها المستأجر بين يديه يكتريها، ويجمل وله غرض بأن ترى الناس أن معه مالاً كثيرًا فيتاجر ويناكح، وإنما قلنا يكون المالك معه؛ لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها ويزيده الأجرة، فيكون قرضًا بعوض.

وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد من قول ابن القاسم والشيخ أبي بكر ليس بخلاف؛ لأن ابن القاسم إنما منع استئجارها لمنافعها المقصودة، وليس المقصود من الدنانير والدراهم ما أباح استئجارها به الشيخ أبو بكر، وهذا كما يقال لا يجوز استئجار الشجر لمنفعتها المقصودة؛ لأنه بيع الثمر على بدو صلاحه، ولا بأس أن يستأجرها ليمد عليها الحبال ويبسط الغسال الثياب عليها وما جرى مجرى ذلك مما ليس من منافعها المقصودة، والله أعلم.

مسألة: عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحد من المتعاقدين فسخه، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إن للمكري فسخه للعدل مثل أن يكتري جمالاً لسفر، ثم يبدو له أو يمرض، فله الفسخ أو يكتري دارًا، ثم يريد السفر أو دكانًا يتجر فيه، فيحترق متاعه.

والدليل على ما نقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ [المائدة: ١] والأمر يقتضي الوجوب.

ومن جهة المعنى أنه عقد معاوضة محضة فكان لازمًا بالشرع كالبيع. ووجه آخر أن كل معنى لا يملك فيه المكرى فسخ الإجارة، فإنه لا يملك المكترى فسخه لأنه كالغلاء والرخص.

مسألة: يجوز شرط الخيار فى الإجارة معينة كانت أو مضمونة، خلافًا للشافعى؛ لأن المنافع أحد نوعى ما يقصد بالمعاوضة المحضة، فجاز اشتراط الخيار فيها كالأعيان، قاله القاضى أبو محمد.

مسألة: والإجارة على ضربين، إجارة متعلقة بعين، وإجارة متعلقة بالذمة، فأما المتعلقة بالعين، فمثل أن يكترى منه دابة معينة، وأما المتعلقة بالذمة، فمثل أن يكترى منه دابة يأتيه بها يعمل عليها عملاً متفقًا عليه.

قال القاضى أبو محمد: وكل ذلك جائز؛ لأنه لما جاز بيع الدابة المعينة، جاز له بيع ما يجوز بيعه من منافعها، ولما جاز أن يبيع دابة موصوفة فى ذمته، جاز أن يبيع منافعها.

فرع: إذا ثبت ذلك، فلا يجوز أن يكترى الدابة المعينة كراء مضمونًا. قال مالك فى المدونة: ووجه ذلك أن التعيين ينافى الضمان، فإن المعينة يتعلق الضمان بها والكراء بعينها.

ومعنى ذلك أن منافعها المختصة بها لا يقوم غيرها فى ذلك مقامها، والكراء المضمون يتعلق بذمة الكرى، فلا يصح اجتماعهما، فإذا هلكت الدابة المعينة انفسخت الإجارة بينهما، وكان للمكترى على الكرى من ثمن المنافع بقدر ما بقى له منها، فلا يجوز له أن يأخذ منافع دابة أخرى؛ لأن ذلك فسخ دين فى دين.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الكراء على الضربين المذكورين يتقدر عمله بما قدمناه بالعمل وبالزمن، فالعمل مثل أن يقول: أركب هذه الدابة إلى الرملة أو إلى مصر أو إلى برقة أو إلى مكة، وأما المقدرة بالثمن، فمثل أن يكترى منه دابة ليركبها شهرًا، ولابد من تقدير ما يكترى عليه بأحد الأمرين ليكون للعمل مقدار معلوم وإلا كان مجهولاً، وذلك يمنع صحة العقد عليه، ولا يجوز أن يجتمع التقديران، لأنه ذلك غرر لجواز أن يحصل أحدهما دون الآخر، وقد تقدم القول فى ذلك.

مسألة: ويجوز أن يكون العمل حالاً ومؤجلاً. ووجه ذلك أنه أحد نوعى ما عاوض فيه المعاوضة المحضة، فجاز أن يكون حالاً أو مؤجلاً أو حاضرة أو غائبة، فإن كانت غائبة، لم يجز النقد فيا حتى تحضر. وفى كتاب محمد عن مالك: إن اشترط تأخير النقد

إلى البلوغ، فذلك جائز. ووجهه أن النقد لا يجوز فيها حتى تحضر، فإذا حضرت جازت حين النقد بالشرع والشرط.

مسألة: وإن كانت حاضرة، فهل يجوز اشتراط ركوبها بعد شهر أو شهرين؟ قال ابن القاسم فى المدونة: لا بأس به ما لم ينقد. وقال غيره: لا يجوز ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن الغرر اليسير جائز فى العقود لا سيما مع عدم النقل، والظاهر من أمرها السلامة والفرق بين الإجارة فى المعين إلى شهر، وابتياعه إلى شهر، أن المنافع المعقود عليها غير معينة، ولا موجودة ولعدم التعيين تأثير فى منع التأخير.

ووجه آخر، وهو أن البيع يقتضى تعجيل النقد والإجارة تقتضى تأخير النقد حتى تستوفى المنافع، فلم يؤثر تأخير قبض المنافع فى العقد تأثيرًا يخرج به عن مقتضاه. وفى البيع إن عجل، دخله تارة البيع، وتارة سلف، وإن أخر فقد أثر فيه ما يخالف مقتضاه.

فرع: إذا قلنا لا يجوز النقد فيما بعد، ويجوز فيما قرب، ففى الموازية عن ابن القاسم: لا يعجبنى أن ينقد الكراء إلى عشرة أيام.

ووجه ذلك أنه مدة يكثر فيها تغيير الحيوان لاسيما مع استخدام صاحبه له وإتعابه إياه فيما يريده ويعجبه، فيحتاج بتغيره إلى رد الكراء، فيكون تارة كراء وتارة سلفًا.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن إطلاق عقد الكراء فى منافع الدابة المعينة لا يقتضى تعجيل النقد خلافًا للشافعى.

والدليل على ما نقوله ما روى عنه ﷺ أنه قال: «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه»(*). ومعلوم أنه ندب إلى تعجيل قضاء حقه، فاقتضى ذلك أنه وقت استحقاقه، وأنه لم يكن يستحقه قبل ذلك.

ودليلنا من جهة المعنى أنه أحد نوعى ما يعوض عليه دون ذكر تأجيل، فلم يجب تسليم الثمن إلا عند استيفاء المثمون كالأعيان.

مسألة: إذا أطلق العقد، فإن كان للبلد عرف من نقد أو تأخير حملوا عليه، وإلا فكلما عمل جزءًا من العمل، استحق بقدره من الأجرة، قاله القاضى أبو محمد وغيره. ووجه ما تقدم.

مسألة: وهذا إذا كانت الإجارة فى الذمة، فإن كانت معينة بأن استاجر أجراء

(*) أخرجه ابن ماجه فى كتاب الأحكام حديث رقم ٢٤٤٣.

بعمل شهر بثوب، فإن كان كراء الناس عندهم على النقد أجبر على تسليم الثوب، وإن لم يكن بالنقد لن تصلح الإجارة ولا الكراء بذلك، إلا أن يشترط النقد.

ووجه ما احتج به ابن القاسم من أنه مبيع معين لا يقبض إلا بعد شهر، فذلك لا يجوز باتفاق. قال ابن القاسم: والعروض والطعام فى هذا سواء. وقال ابن حبيب: الكراء بهذا كله جائز، وإن كان سنة الناس من التأخير، فهو على التعجيل حتى يشترط التأخير تصريحًا، وقاله من أرضى من أصحاب مالك.

وجه قول ابن القاسم أن إطلاق العقد محمول على العرف. ووجه قول ابن حبيب لا حكم للعرف الفاسد، وإنما التأثير والحكم للعرف الصحيح.

مسألة: وأما إن شرط أن يمسكه الثوبين والثلاثة إن كان يمسك الثوب ليلبسه أو الخادم ليخدم أو الدابة ليركبها يومًا أو يومين أو يحبس ذلك للاستيثاق للإشهاد أو نحوه، فلا بأس بذلك، فإن كان بغير منفعة، فقد قال ابن القاسم: لا يعجبنى ذلك ولا أفسخ به البيع.

ووجه ذلك قصر المدة، وقلة الغرر فيها، فإن كان لغرض، فلا كراهية فيه، وإن كان لغير غرض صحيح، فهو مكروه، وليس فيه من الغرر ما يفسد به البيع.

فصل: فأما الكراء المضمون، فإنه يجوز أن يكون معجلا بخلاف السلم، على المشهور من المذهب.

ووجه ذلك أن المنافع هذا حكمها لا يجوز أن يعقد منها إلا على موجود مع الإجماع على جوازه فيمن يعتبر بقوله، ولذلك قال تعالى: **﴿إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج﴾** [القصص: ٢٧].

فإذا ثبت ذلك، فالتعيين فى العين المعقود على منافعها إنما هو تعيين لعين المعقود عليه، فإذا جاز العقد على منافع دابة معينة مؤجلة، فكذلك على منافع دابة غير معينة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم كراء الراحلة المضمونة إلى أجل على تعجيل الكراء، لئلا يدخله الكالئ، وهل يجوز فيه التأخير؟ قال مالك: إذا تكارى كراء مضمونًا كالمتكارى إلى غير الحج فى غير إبانة، فليقدم منه الدينارين ونحوهما، ولا يجوز فى غير ذلك من المضمون يتأخر فيه الركوب أن يأخر شىء من النقد.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم: إذا قدم إليه فى الكراء المضمون الدنانير حتى يأتى بالظهر، فلا بأس بذلك، وكم من مكر يهرب بالكراء أو يترك أصحابه.

روى ابن المواز عن مالك أنه كان يكره تأخير النقد فيه إلا أن ينقد أكثر الكراء أو ثلثه، ثم قال: وقد قطع الأكرياء أموال الناس، فلا بأس بتأخير النقد، ونقده الدينار ونحوه، وسواء كان تأخيره بشرط أو بغير شرط، ما لم يشترط أجلاً بعد تبليغ الحمولة، فلا خير فيه، فلم يختلف قول مالك فى الكراء للحج، واختلف قوله فى الكراء لغير الحج، وآخر ما قاله فيه الجواز للضرورة العامة الشاملة.

مسألة: فإن كان الكراء المضمون حالاً وشرع فى الركوب، فلا يحتاج إلى نقد؛ لأن أحد الطرفين قد تعجل وأخذه فى الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استعجاله كما يقوله فى المقاثئ والمبطخة، وأنه يجوز بيعها بالدين، وإن كان المعقود عليه لم يخلف أكثره؛ لأنه فى حكم الموجود لسابقه وتتابعه.

مسألة: والمركوب لابد أن يعرف بتعيين أو وصف فالمشاهد يشار إليه بأن يقال: أكتريتك هذه الراحلة أو الدابة أو العبد، والموصوف لابد فيه من ذكر الجنس للحمل، وما يصلح للركوب، والذكر أصعب من الأنثى، فلابد أن يبين، قاله القاضى أبو محمد.

مسألة: ولا تتعين الدابة ولا السفينة بكونها فى ملك المكترى، وقد قال مالك فى العتبية والموزاية فى الذى يكترى من رجل على أن يحمله على دابة، أو سفينة لم يسمها، وله دابة أو سفينة أحضرها، ولم يعلم له غيرها إلا أنه لم يقل يحملنى على هذه، فهلكت بعد أن ركب، فعليه أن يأتى بدابة أو سفينة غيرها، وذلك على الضمان. ومتى اشترط أنى أكريك هذه بعينها، ينفسخ الكراء بهلاكها أو يكرى منه جزءًا من هذه السفينة، فإن ذلك يكون كالتعيين.

قال القاضى أبو الوليد، أيده الله: وهذا عندى إنما يتصور على ما قدمناه من أن المضمون موصوف على أحد وجهين، إما أن يكونا قد تواصفا ما وقع عليه الكراء، فهذا تصريح بالكراء، ثم أحضره ما فى ملكه قضاء عن المضمون، وإما أن لا يكونا تواصفا شيئًا، فيكون ما أحضر من الراحلة فى عدم التعيين يقوم مقام الواصف لما عقدا عليه، فيكون الإحضار قبل العقد، وهذا أظهر لقوله: يحملنى على دابة أو سفينة، ولم يسمها، يتعلق العقد بشىء ما من غير تعيين، ولا يجوز إلزام العقد فيه إلا على الوصف على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

فصل: ذكر القاضى أبو محمد أن الظاهر من مذهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يختص بالعين المعقود عليها، وإن عينت لذلك، فإنما هو كالوصف لا تنفسخ الإجارة

بتلفه، بخلاف العين المستأجرة تتلف، وذلك مثل أن يستأجره على رعاية غنم بأعيانها، وخياطة قميص بعينه، فتهلك الغنم ويحترق الثوب، فإن العقد لازم لا ينفسخ وعلى المستأجر أن يوفى جميع الأجرة، ويأتى إن شاء بغنم مثلها. وقد قيل إن العين التى تستوفى فيها الإجارة تتعين بالتعيين فتنفسخ الإجارة بتلف المحل المعين.

قال: ووجه القول الأول أن عقد الإجارة لازم من الطرفين، فلو كان يختص الاستيفاء بمحل معين لما لزم من جهة المكترى؛ لأن له بيع متاعه وغنمه بعد الاستئجار عليها.

ووجه القول الثانى أن هذا أحد المحلين بالإجارة، فتصح كالعين التى تستوفى فيها من المنافع؛ لأنه إذا استأجر دابة ليركبها، فهلكت بطلت الإجارة، فلذلك إذا عين من يركبها أو القميص الذى يخيطه أو الغنم التى يرعاها يجب أن تنفسخ الإجارة بتلف ذلك، ولأنه يجب ذلك فى الظئر تستأجر لرضاع صبى والطبيب لعلاج مريض أو قلع ضرس إذا مات الصبى وبرئ المريض، فكذلك سائر ما يستأجر عليه.

وهذا الذى قاله أبو محمد فيه نظر، وظاهر المذهب على خلاف هذا، وذلك أن محل استيفاء المنافع ينقسم على ثلاثة أضرب، ضرب يختلف بالجنس، ولا تختلف أعيانه كحمل القمح وحمل الشعير وحمل الشقة، فهذا الا فائدة فى تعيينه لأنه لا خلاف بين حمل قمح وحمل قمح آخر من جنسه فى مثل وزنه ولا تستضر الدابة بحمل أحدهما إلا مثل استضرارها بالآخر، فلا يتعين بالعقد عليه، وقد قال ابن المواز: ولو أحضر متاعًا اكترى عليه، لم يكن ذلك تعيينًا له، ولو اشترط أن لا يعدوه، ولا يأتى بغيره، ولم يبدله، لم يجز ذلك، فإن حمل، فله كراء مثله.

ووجه ذلك أنه ما لم يكن فى عينه غرض صحيح، فإنه لا يتعين بالعقد كالدنانير والدارهم والجزء من الجملة.

فرع: فإذا قلنا إن ما تساوت حاله فى أن استيفاء المنافع لا يتعين بالعقد عليه، فإنه يتعلق العقد به فى الذمة من ذلك الجنس، فمن استأجر على حمل متاع، فتلف ذلك المتاع لم تنفسخ الإجارة، وكان على المستأجر إذا أجمع الإجارة، ويأتى المتاع، يحمل له إن شاء.

فرع: فإن شرط تعيينه، وإن لا يعدوه إلى غيره فقد تقدم من قول ابن المواز أنه لا يجوز؛ لأنه من شرط فى مضمون أنه متى عينه ثم تلف قبل استيفاء الحق منه، بطل الحق ببطلانه، وفسد العقد للشرط المدخل للغرر؛ لأن من شرط المضمون لا يبطل العقد فيه

بالاستيفاء دون الإحضار للاستيفاء، ألا ترى أن من سلم فى عدد من الطعام أنه متى أحضره صيره من جنس ذلك الطعام، فتلف قبل الكيل أنه يبطل السلم، فإن هذا الشرط يبطل السلم، والله أعلم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافًا للشافعى لما قدمناه، وذلك أن الإجسام فى الأغلب متقاربة، فلم يحتج إلى تعيينه بالوصف ولا بالرؤية، فإن جاء برجل فادح عضيم الخلق خارج عن المعتاد لم يلزمه. قال القاضى أبو محمد: لأن هذا نادر، ولا يتعلق العقد إلا بالمعتاد دون النادر.

فصل: والضرب الثانى ضرب تختلف أعيانه بتباين أغراضه كالعليل يستأجر الطبيب على علاجه والمرضع تستأجر الظئر على رضاعه والمعلم يستأجر على تعليم الصبى ورياضة الدابة وما جرى مجرى ذلك، فإن هذا يتعين بالعقد، ولا يجوز العقد منه على مضمون فى الذمة لاختلاف الناس وتفاوتهم فى أمراضهم واختلاف الأطفال فى كثرة الرضاع، وقلته مع مشقة تناول أحوال بعضهم، وكذلك من يعلم القرآن والصنائع يتفاوتون فى التعليم للاختلاف فى الذكاء وقبول التعلم.

فصل: والضرب الثالث، تختلف أعيانه اختلافًا يسيرًا كالغنم والماشية يستأجر عليها من يرعاها ويحفظها، فيختلف الجنس من الماشية وسكونها وأنسها وليس بكبير اختلاف، ففى مثل هذا الجمهور من أصحابنا على أنها لا تتعين بالعقد لتقارب أحوال الجنس منها.

وأما صفة العقد، فقد قال ابن القاسم: لا يصلح العقد عليها إلا بشرط خلف ما هلك منها. وقال غيره: ويجوز ذلك من غير شرط، والحكم يوجب له ذلك، وأما الذى يراه من ذلك فكالصفة.

مسألة: ولو استأجر على حصاد زرع فى بقعة معينة، ففى الموازية من رواية أشهب عن مالك: إن هلك الزرع انفسخت الإجارة. قال ابن القاسم: الإجارة قائمة ويستعمله فى مثله.

وجه قول مالك، اختلاف حال البقع بالقرب والبعد وتغير المثل لا سيما فيما يقرب، يكون للمستأجر فيه رفق، ووجه قول ابن القاسم أن عمل الحصاد لا يختلف فى الزرع، فلذلك لا يتعين بالعقد على حصاده كحمل الأحمال، والله أعلم وأحكم.

* * *

انتهى الجزء السادس ويليه بإذن الله الجزء السابع

وأوله كتاب المساقاة

المحتويات